TOME III N° 3 SEPTEMBRE 1953

REVUE
DE
DROIT CANONIQUE

PUBLIÉE AVEC LE CONCOURS DU
CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE



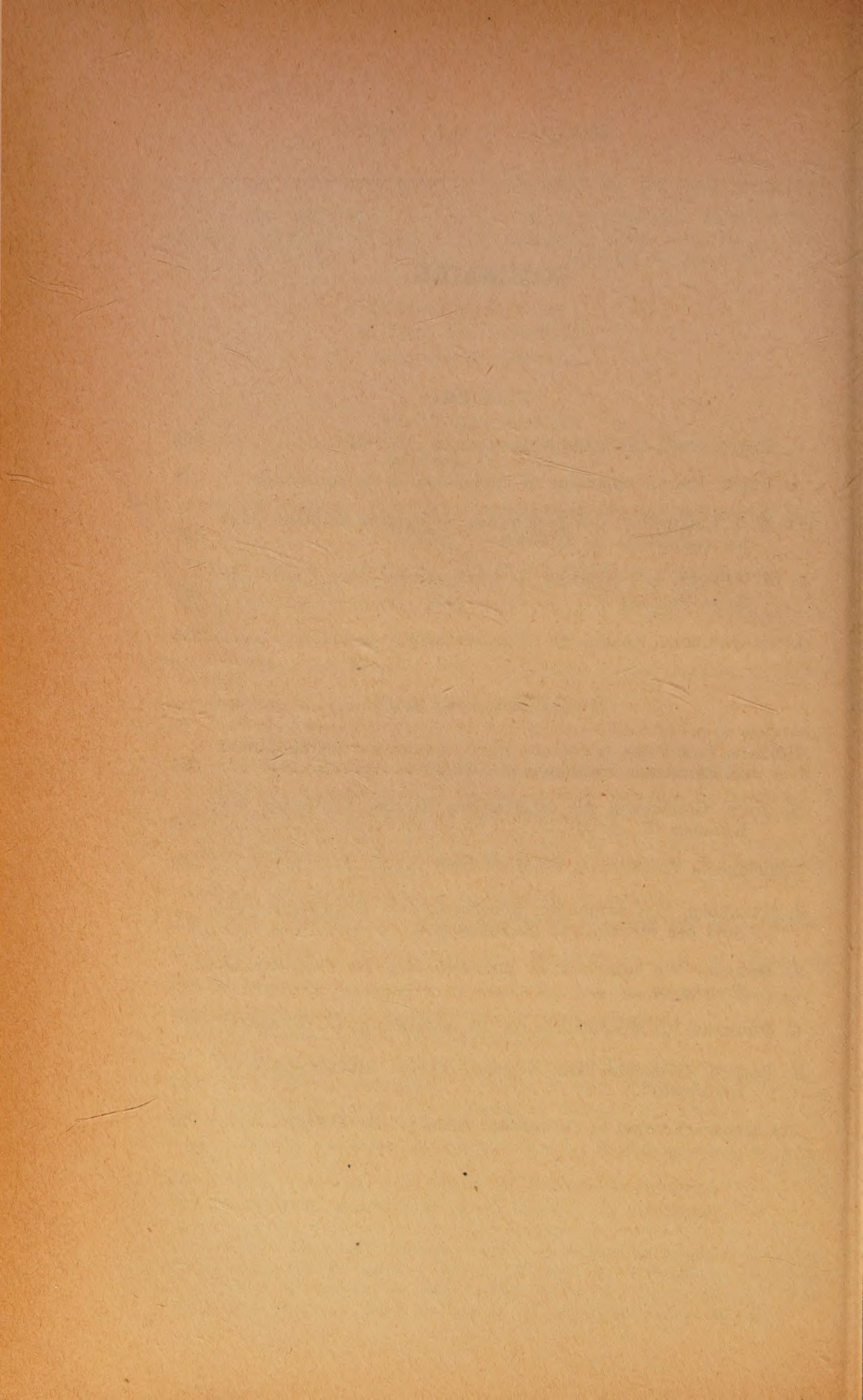
REVUE TRIMESTRIELLE
STRASBOURG
MCMLIII

Sur la couverture : *Un synode diocésain,* d'après une lettrine du manuscrit 113 de la Bibliothèque municipale de Cambrai, fol. 1r. L'évêque est probablement Guillaume d'Avesnes, évêque de Cambrai de 1286 à 1296, auteur des statuts diocésains dont cette lettrine marque le début. En face de lui, les doyens revêtus de l'aube.

SOMMAIRE

ETUDES

BULLETIN CRITIQUE



CIRCA JUS MATRIMONIALE

SUMMARIUM

1. Opimus campus quaestionum. 2. Mutatio adiunctorum temporum recentiorum. 3. Legis intentio aliquando fallitur. 4. Difficultates peculiares legum ecclesiasticarum circa matrimonium. 5. Quorum tamen campus late patet. 6. An lex ecclesiatica abstinere teneatur a praesumptionibus juris et de jure in re matrimoniali. 7. Negatur allegando cann. 1067 et 1074. 8. Plura mutata decursu saeculorum (can. 1068). 9. Innovatio Codicis relate ad affinitatem (can. 97). 10. Experientia post Codicem J. C. 11. Methodus Codicis in re matrimoniali. 12. Copia definitionum. 13. Impedimenta a quibus facile dispensatur. 14. Impedimenta gradus minoris. 15. Specialia de impedimento criminis. 16. Mens legislatoris. 17. Mutatio circa impedimentum disparitatis cultus a Codice inducta minus opportuna. 18. Exclusa convalidatio in vitio formae. 19. Desiderabilis tamen. 20. 21. 22. Practice exclusa et in impedimentis. 23. Quod tamen incommodis non caret. 24. 25. 26. 27. Idem a fortiori in defectu consensus. 28. Maxima liberalitas in sanationibus in radice. 29. Hodierna copia causarum formalium nullitatis matrimonii. 30. Optanda in procedura. 31. Quae antiquis normis respondent. 32. Potiora incommoda fugienda. 33. Non spernendum adiunctum parvi numeri sacerdotum et conclusio.

1. — Iste campus semper fuit, et probabiliter semper erit, a canonistis et moralistis prae aliis juris provinciis cultus et elaboratus; quamquam « S. Augustinus Ecclesiae lumen, obscurissimam de coniugiis quaestionem eiusdemque sinus fere inexplicabiles professus est » (Collect. S. C. de Prop. Fide I, 753). Non mirum proinde si aliqua adiuncta praesentis disciplinae, tam in foro quam extra, ad lumen experientiae breviter perpendere opportunum remur, indicantes etiam quae, nostra humili opinione, in melius forsan instaurari possent.

2. — Absit quidem a nobis Mentoris vel consiliarii munus assumere, quasi aliquid docere Superiores velimus; at ex historia didicimus omnes fere leges a Sancta Sede latas fuisse, praesertim si agebatur de mutatione aliqua nonnullius momenti, postquam doctrina rem explanaverat et quodammodo vias aperuerat. Lex enim mutatur quoties adiuncta temporum mutantur, juxta tritum « distingue tempora et explicabis jura ». Nemo vero negabit adiuncta rei matrimonialis profunde mutata fuisse hisce ultimis annis, praesertim ob momentum quotidie majus a lege civili et in matrimonio christianorum adeptum, necnon ex aucta in immensum contagione mentalitatis et praxis divorzisticae, quae et bonos catholicos forsan inadvertenter aliquando afficere potuit, ideas saltem antea claras, confusas vel incertas aliquantulum reddendo itemque ob valde multiplicatas hisce ultimis annis causas nullitatis matrimonii in nostro foro.

3. — Notandum est etiam quod in lege matrimoniali, sicut et in ceteris, nonnunquam norma quae lata est a legislatore ad aliquem finem consequendum, in praxi, decurrente tempore, posse ad finem diversum imo et oppositum ducere. Sic in re matrimoniali multiplicitas et insanabilitas impedimentorum dirimentium et inderogabilis necessitas formae etiam pro convalidatione, statutae sane ad matrimonii certitudinem et puritatem melius tuendas, nonnunquam facile medium compararunt coniugi ad novas feliciores nuptias ineundas, post probatam nullitatem sui prioris coniugii, quod nunquam sanatum est, etsi conviventia, per decennia, pacifica forsan extiterit, quia nunquam petita est dispensatio impedimenti forsan ignorati, nec nunquam nova celebratio in forma tridentina locum habuit. In hoc casu intentio legis directa ad corroborandam certitudinem et stabilitatem matrimonii fefellit.

4. — Peculiaris difficultas invenitur in lege canonica prae legibus civilibus, quia haec suum effectum explicant tantum in territorio nationali bene delimitato, et generatim omogeneo, dum illa valet pro universo mundo christiano, in quo maximae inveniuntur diversitates conditionum et morum. Nec demum obliviscendum est in re tam personali et intima, uti est matrimonium, efficaciam legum juridicarum non tam esse potentem ac vis religiositatis, morum, traditionum, culturae

etc. Iterum considerandum est pluribus in territoriis, plus minusve missionariis, saepe haberi conflictum inter favorem matrimonii et favorem fidei, qui ultimus praevalere debet (Can. 1127). Item res valde differe solent in nationibus in quibus sententiae ecclesiasticae effectus quoque civiles sortiuntur, ab illis adiunctis quae habentur ubi nostra sententia tantummodo coram Ecclesia effectus explicat : item ubi lex civilis admittit, majori vel minori difficultate, divortium, et ubi non admittit. Uno verbo in re tam implexa abstinendum videtur ab assertionibus nimis absolutis et taxativis, licet sane quae sunt de essentia rei, praesertim quae attinent non modo ad indissolubilitatem *matrimonii* in genere et in abstracto consideratam sed etiam ad *effectivam indissolubilitatem matrimoniorum* in facie Ecclesiae celebratorum, sarta tecta et certa permanere utique debeant.

5. — Campus vero legislationis matrimonialis ecclesiasticae sat amplus est; eo sensu quod normae tum substantiales tum procedurales, puta quoad impedimenta, quoad convalidationem matrimonii nulli, quoad accusationem, mutari valent per legem ecclesiasticam, quae sane mutare non valet normas juris naturalis et divini, utpote natura sua immutabiles.

6. — Legimus nonnunquam apud tractatistas Ecclesiam *debere* in rebus matrimonialibus *tenere rei veritatem,* nec ei licere praesumptiones juris et de jure statuere, praecludere probationem nullitatis etc. Quae quidem minus fundata apparent non modo si consideretur disciplina antiqua, puta matrimonii praesumpti, quae a saeculo XII saltem usque ad decimum nonum obtinuit, sed et si attendatur ad ipsas vigentes normas Codicis Juris Canonici. Ex. gr. Canon 1067 statuit inhabilitatem ad validum contrahendum matrimonium ante completum decimum sextum aetatis annum pro viro et decimum quartum pro muliere. Exinde sequitur quod si nubat vir qui quindecim annos natus est plus 363 dies, eius matrimonium nullum est; si nubat vir, qui quindecim annos natus est plus 366 dies, matrimonium validum est; attamen *juxta rei veritatem* habilitas utriusque eadem est : habetur ergo hic aliquid simile praesumptioni juris et de jure, quae probationem directam in contrario non admittit.

7. — Similis praesumptio juris et de jure invenitur in Can. 1074 § 1 juxta quem « inter virum raptorem et mulie-

rem raptam intuitu matrimonii, quamdiu ipsa in potestate raptoris manserit, nullum potest consistere matrimonium ».

Sequitur quod etsi mulier, quae rapta est, processu temporis, dum manet in potestate raptoris, eius amore capta est, adeo ut ardenter velit cum illo copulari, praesumitur, praesumptione juris et de jure, coacta ad nuptias, nec ei datur possibilitas probandi quod econtra libenter viro nupsit, sed obligatur ad noviter celebrandum, si vult legitime ligari coram Ecclesia cum viro. Nil dico de praetensa obligatione Ecclesiae declarandi nulla omnia matrimonia quae talia sint, vel tantum quae nulla probari possent, cum Ecclesiae spectet determinare limites accusationis matrimonii et media probationis, ut clare probat ex. gr. Can. 1971.

8. — Quod ambitus actionis legislatoris ecclesiastici valde pateat, non obstante intangibilitate legis naturalis et divinae in propatulo esse remur cuilibet revocanti vicissitudines legislationis matrimonialis per diversas periodos, decretalium, aetatis classicae scholasticorum, tridentinae, posttridentinae, recentis et post Codicem.

Quanta mutata non modo in procedura sed et in substantialibus! ex. gr. in ipso conceptu et efficacia impotentiae quoad matrimonii nullitatem declarandam, a periodo classica, quae impedimentum assimilabat impedimento erroris conditionis servilis, adeo ut nullitatem adduceret tantum si coniux impotentiam alterius partis ignorasset ante nuptias, dummodo ipse impos non esset; a praesenti disciplina! quamvis fatendum sit haud facile componi et concordari posse § 1 Canonis 1068 cum § 2 nisi verba minus stricte « ipso naturae jure » accipiantur; ad quae confer Cann. 1069 § 2 et 1076 § 3.

9. — Quid dicam de mutationibus inductis a tridentino « tametsi » et ab eius applicatione et interpretatione, generatim restrictiva a Sacra Congregatione Concilii adhibita? Sed probatio omni luce clarior talis amplitudinis potestatis exhibetur, ni fallimur, a Can. 97, qui eliminavit radicitus infinitas implexissimasque quaestiones exurgentes ex conceptu affinitatis a copula illicita derivatae, quae canonistas, magisque moralistas et confessarios, per saecula fatigaverant. Haec salutarissima adoptio conceptus civilis affinitatis et in sede canonica, magnum sane animum requisivit in legis-

latore (putamus voluntatem intervenisse personalem Beati Pii X) quia uno ictu lex debuit doctrinae et praxi millenariae, quae nempe ad primos Patres Ecclesiae ascendebat, quaeque — quod gravius est — radices immittere videbatur in ipsa Scriptura Sacra (1 Cor. 6, 18), valedicere. Attamen nemini nec a longe idea venit adversus mutationem tanti momenti aliquid obiiciendi, ipsaque sine ulla difficultate maximo cum commodo universorum adoptata est, sicque infinitae ambages et anxietates animarum et pastorum feliciter sunt fugatae.

10. — Cum a promulgatione Codicis plus quam triginta defluxerint anni, nobis datum est manu quoadammodo tangere quaenam ex eius normis felicem consecutae sint effectum, quae minus optabilem; rationabile est ergo modeste humiliterque innuere quae aptari, perfici, melius declarari utiliter possent, in re praesertim nostra quae est quotidiana, quaeque maxima bona tum juris privati tum publici involvit, ordinisque tum temporalis tum aeterni. Ait clariss. L. Muratorius in suo miro tractatu « *Dei difetti della Giurisprudenza* » (Cap. I, p. 11) : « Sarebbe da desiderare che gli abusi i quali per la costituzione del mondo presente si vanno introducendo ne' governi politici, ne' civili costumi degli uomini, ed anche nell'arte e nelle scienze, si andassero di tanto in tanto scoprendo e sbarbicando. Al pari de' vasi e strumenti che servono al sacro culto, alle mense e ad altri usi, ha anche bisogno il mondo d'essere di tanto in tanto *riformato e pulito* ». Non obliviscendum est post Codicem duo bella teterrima locum habuisse, quae faciem mundi non tantum externe sed et intime profunde mutarunt : nil mirum ergo si nonnulli Canones Codicis obsoleti vel etiam minus opportuni nunc apparent.

11. — In re matrimoniali dolendum quod Codex Canonicus, contra usum Codicum Civilium, non tractaverit ad singula impedimenta vel defectus matrimonii, de convalidatione et de accusatione, sed Cann. 1035-1104 de impedimentis proprie et improprie dictis tractaverit, Cann. 1133-1137 de convalidatione matrimonii initio irriti, quam revera practice impossibilem reddidit, et tandem unico Canone, nempe 1971, de accusatione matrimonii. At cum in immensum differant inter se impedimenta, puta consanguinitas ab aetate vel a

raptu, defectus consensus a vitio formae celebrationis etc. evidenter diversas requirunt normas tam pro convalidatione quam pro accusatione, sicut habent generatim codices civiles. Unica norma omnibus aptari nequit, sicut esset impossibile vel sapientissimo medico pro diversorum morborum infirmis unicum excogitare remedium. Haec methodus a Codice adhibita de facto haud multum profuit certitudini et stabilitati matrimonii.

12. — Codex in re matrimoniali plus quam in ceteris abundat definitionibus doctrinalibus, quod explicare arduum non erit attendendo ad historiam codificationis et ad personas quae eidem maxime operam contulerunt.

At non modo definitiones in jure sunt periculosae, sed in Codicibus nos invenire malumus potius normas servandas quam doctrinas profitendas, quas ex professo expositas in aliis libris invenimus.

13. — Si paulo ad impedimenta accedimus, dirimentia quidem, quia haud multum dicendum videtur de impedientibus, ea nimia et nimis extensa, in consanguinitate et affinitate praesertim, modo videntur. Nam Codices civiles generatim (uti italicus) nuptias inter consobrinos non vetant, lex canonica autem vetitum extendit ad secundos consobrinos, qui civiliter essent coniuncti in gradu sexto vel quinto, apud nos in tertio. Dubitabit forsan quidam num expediat servare gradum secundum consanguinitatis uti dirimens impedimentum quartum in civili, si attendantur rationes ob quas solet concedi dispensatio, quae rationes saepe leves sunt, ne dixerim nonnunquam de industria quaesitae. Ex. gr. quis dixerit mulierem nunc putari revera superadultam cum 24 aetatis annum compleverit tantum ? An revera ratio efficax ad aliquam gratiam obtinendam in ceteris censeri solet « *firmitas propositi* » quae saepissime accipitur uti sufficiens ad concedendam hanc dispensationem ? Utinam sufficeret firmiter desiderare aliquid in mundo, puta occupationem, exemptionem a solutione taxae vel debiti, ut statim res desiderata obtineatur ! Rationabilius, ni fallor, videretur vel impedimenta a quibus cotidie ob leves rationes dispensatur abolere, aut dispensationes difficulter et raro concedere.

14. — Quid sentiendum de impedimentis gradus minoris ? (Cann. 1042, 1054). Sunt vero consanguinitas in tertio gra-

du, affinitas in secundo collaterali, publica honestas in secundo, cognatio spiritualis, crimen ex adulterio cum fide data vel cum attentatione actus civilis. Differunt dicta impedimenta ab impedimentis gradus majoris solummodo circa valorem dispensationis; in his enim valet dispensatio « etsi unica causa finalis in precibus exposita falsa fuerit ». Agitur sane de impedimentis morituris, quae opportune saltem transferri possent ad impedimenta impedientia ni etiam — quod melius — expurgantur omnino.

Lex illa a qua quisque se eximere potest et falsam rationem exhibendo vix appellari licet lex : sicut passim diceremus non existere *conscriptionem militarem* in aliqua natione si cuilibet ad arma vocato liceret non respondere mandato, alligando infirmitatem qua *non afficitur* : qui tunc ad arma currerent potius *voluntarii* putarentur.

In impedimentis minoribus ideo tantummodo requiritur postulatio gratiae ad Sanctam Sedem ut gratia obtineatur et nil amplius : quod quidem onus nimis leve videtur.

15. — Insuper cognatio spiritualis nunc vix passim attenditur, cum de facto vincula patrinatus et matrinatus sint fere ubique mos obsoletus. Prima figura criminis, nempe *adulterii cum fide data* sine actu civili, nata est nonnullas angustias et dubitationes facessere, et quorumdam matrimoniorum validitatem dubiam reddere. Equidem adulterium clanculo sane perpetrare contingit, nec facile panditur a reo, item de gravitate et serietate promissionis ineundi post mortem primi coniugis matrimonii, ut plurimum, dubitationes fovebuntur, adeo ut de facto hodie solummodo aliquae Curiae magis instructae soleant dispensationem petere ab hoc impedimento, cum econtra quando viduus vel vidua matrimonio copulatur non raro cum nova comparte relationes foverat quae utinam honestae fuerint ! Ita non raro hoc impedimentum occultum manet nec ex eo dispensatio postulatur, et consequenter matrimonium, insciis omnibus, de facto irritum permanet.

16. — Figurae impedimenti gradus minoris introductio in Codicem explicatur ex desiderio codificatorum procedendi gradualiter in restringendo impedimenta, quae ante Codicem sat amplius patebant : nunc autem; post fere medium saeculum, nemo miraretur si ulterius in eadem via procedetur

abolendo talia impedimenta, vel melius ea solummodo *impedientia* reddendo.

17. — Ad Can. 1070, disparitatis cultus, Codex momentosam mutationem adduxit : nam jure antiquo nulla habita sunt matrimonia celebrata a baptizatis universis cum non baptizatis : Codex vero nullitatem restrinxit ad matrimonia a *catholicis* contracta cum non baptizatis, ideoque valida agnovit matrimonia a baptizatis acatholicis contracta cum parte non baptizata. Rationes huius mutationis non alligantur ab auctoribus nimis cogentes. Putant quidam Ecclesiam non voluisse amplius irritare matrimonia acatholicorum, puta protestantum lutheranorum, cum parte non christiana vel invalide baptizata, quia hi casus supponuntur frequentes in quibusdam nationibus. At quis de facto fuit effectus mutationis ? Ante Codicem quando acatholicus ad veram fidem catholicam convertebatur, si contraxerat cum comparte non baptizata, liber erat a vinculo et poterat novam compartem catholicam ducere (et non raro evenit ut protestans ad catholicam fidem convertatur occasione saltem — si non causa — amoris quem concepit pro muliere catholica quam ducere exoptat) nunc post Codicem talis vir non amplius liber est a vinculo, sed si vult copulari cum catholica recurrere debet ad dispensationem Pontificiam in favorem fidei, a matrimonio post baptismum utriusque partis non consummato, quae dispensatio sane res cotidiana esse non potest et tempus notabile et processum non facilem implicat; sic ideo conversiones difficiliores redduntur, dum econtra eis via expedit aperiri qua maxime facilis. Ceterum haud facile conspicitur quid noceat acatholicis, quousque acatholici manent, opinio praesumpta Ecclesiae de nullitate sui matrimonii cum parte non baptizata (quae opinio nullitatis verius nec existit, quia baptismum validum praesumere tenemur cf. Can. 1070 - 1); ipsi enim de judicio Ecclesiae curare solent tantummodo quando ad catholicam fidem convertuntur non antea : hodie vero ligati inveniuntur dum ante Codicem liberi erant a vinculo. Si ergo uti a Canone 1099 § 2 salubriter expuncta sunt per Motu Proprio 1 Augusti 1948 vigintinovem ultima verba paragraphi, ab hoc etiam Canone 1070 par I expungerentur ultima undicim verba, magnum auxilium, — ni fallimur — daretur conversionibus et magnum levamen Curiis

in locis mixtae religionis extantibus, uti praesertim est America Septemptrionalis. Nemo puto aliquid obiiciendum inveniet, sicuti nemo aliquid obiecit relate ad mutationem Can. 1099 allatam sed omnes laetabuntur et, quod magis interest, bonum fidei proficiet.

Magnum argumentum pro adoptanda hac disciplina etiam in Ecclesia Latina est factum recens promulgationis novi Codicis Matrimonialis pro Ecclesia Orientali (die 22 febr. 1949: AAS, 41, 102). Ibi canon 60 § 1 statuit « Nullum est matrimonium contractum a persona non baptizata cum persona baptizata » : suppressio ergo ceterorum undecim verborum canonis a nobis proposita jam peracta est pro Ecclesia Orientali.

Videtur etiam obsoletus casus N. 2° par. 2 Can. 1083 de *errore conditionis servilis,* cum hodie de servitute proprie dicta sermo, ut reor, vix haberi possit.

18. — Sed aliquid in melius nonnulli doctissimi viri autumarunt (cfr. Cappello « Il Diritto Ecclesiastico » dicembre 1942, p. 385 n.) praesertim quoad convalidationem et accusationem matrimonii, quae duae res, uti patet, generatim correlativa sunt.

In Codice invenimus Caput XI Libri Tertii quod constat duobus articulis : articulus I agit « de convalidatione simplici », articulus II « de sanatione in radice ». Primus articulus (Cann. 1133-37) severitatem ; sequens (Cann. 1138-41) liberalitatem spirant (nisi velimus econtra qualificare uti liberalem legem quae convalidationem excludit et ita apertam portam coniugibus relinquit, ut ad alias transeant nuptias).

Equidem ut habeatur convalidatio sequentia requiruntur in tribus cathegoriis nullitatum : Incipio pro commoditate ab ultima, nempe a vitio formae. In hoc capite quaelibet convalidatio excluditur radicitus, etiam si vitium formae omnino occultus fuit pro partibus, puta carentia jurisdictionis in celebrante : etiam tunc « matrimonium contrahi denuo debet legitima forma ». Ita fit ut nonnulli coniuges qui se legitimos putaverunt in terra, in alio mundo se invenient invalide copulatos fuisse, eo quod sacerdos assistens (ipsis omnino nescientibus) caruit jurisdictione : ita ipsi etiam privati manserunt gratia sacramentali. Rationabilior pluribus videbitur sanctio civilis Codicis Italici Art. 130, quae pos-

sessioni status conformi celebrationi pacifice per annum habitae, agnoscit effectum sanandi omnia vitia formae.

Ceterum Tridentini Patres tam aegre devenerunt ad imponendam vel *unam celebrationem* in forma legitima, verosimiliter autem nec cogitaverunt et *secundam* imponere si prima aliquo defectu laborasset praesertim ob vitia quae a voluntate nubentium non dependebant. Difficulter perspicitur quem juvet de facto rigidus formalismus Canonis 1137, nisi illos coniuges qui post nonnullos annos conviventiae litigaverunt et causam nullitatis (ut nonnunquam vidimus) uterque vel alteruter moverunt ex aliquo capite (puta ob defectum consensus, ob vim et metum etc.) et in cursu processus diligens patronus libros paroeciales revolvens invenit deesse documentum delegationis parochi vel Ordinarii pro celebrante (qui fuit forte et Episcopus vel Cardinalis!) et tunc nullitatem invocat ex vitio formae, sententiamque nullitatis adipiscitur quasi ex inopinato.

19. — Aliqua convalidatio authomatica statuenda videretur in hoc casu, sicut admittitur pro beneficiato post triennium possessionis bonae fidei (Can. 1446). Equidem forma volita est a Tridentino Concilio ad dandam certitudinem inconcussam matrimonio, non ad illud perpetuis exceptionibus obnoxium reddendum. Rigor in re antiquitus forsan rationalis erat, quia non raro repugnabant fideles hic illic ad adhibendam formam canonicam, et si sanatio authomatica concessa fuisset facile a forma debita abstinuissent; nunc vero ille timor, mutatis condicionibus rerum, parum fundatus apparet, praesertim cum consolidatio semper praesupponeret celebrationem matrimonii, licet defectu aliquo laborantem.

In hac via, juxta saltem interpretationem plurium doctorum, videtur processisse responsum Commissionis Codicis diei 26 martii 1952 (AAS: 44, 497) statuens praescriptum can. 209 (« In errore communi aut in dubio positivo et probabili sive juris sive facti, iurisdictionem supplet Ecclesia pro foro tum externo tum interno) esse in casu sacerdotis qui jurisdictione carens matrimonio assistit. Quod sane perquam rationabile apparet et utile certitudini status matrimonialis.

20. — Videamus nunc de altera cathegoria nullitatum, nempe quia matrimonium celebratum est obstante impedimento aliquo dispensabili, a quo dispensatio obtenta non est.

Evidenter enim si obstat validitati matrimonii impedimentum indispensabile (puta ligaminis) de convalidatione sicut de sanatione sermo esse non potest. Tunc pro convalidatione requirit Can. 1133 ut obtineatur dispensatio impedimenti.

Quod rationabile apparet, licet forsan posset et in foro canonico admitti aliqua dispensatio authomatica post notabile tempus pacificae conviventiae (puta post triennium) saltem pro impedimentis quae facilius dispensantur, uti statuitur, ad augendam certitudinem validitatis celebrati matrimonii, a Codice Civili Italico Art. 117 « Nei casi in cui si sarebbe potuta accordare la dispensa ... il matrimonio non può essere impugnato dopo sei mesi dalla celebrazione ». Sed Canon ulterius procedit requirens ut « consensum renovet saltem pars impedimenti conscia ». Haec renovatio censensus quae « requiritur *jure ecclesiastico* ad validitatem, etiamsi initio utraque pars consensum praestiterit nec postea revocaverit » (par. 2 Can. eiusdem) ita describitur in Can. 1134 : « Debet esse *novus voluntatis actus* in matrimonium *quod constet* ab initio nullum fuisse ». Demum Canon 1035 par. I imponit « Si impedimentum sit *publicum* (nempe ex Can. 1037 « si probari in foro externo potest ») consensus ab utraque parte renovandus est forma jure praescripta « quod est fere idem ac dicere, vix existit possibilitas convalidationis.

21. — Ex his normis sequitur quod de facto impossibilis evadit (exceptis casibus prorsus occultis, quae in foro externo non attenduntur) quaelibet convalidatio, quoties causa nullitatis moveri potest ; vel, quod est idem, nunquam a Tribunali indagandum est an nullitas initialis postea durante conviventia bonae fidei, forsan et plurium lustrorum, sanata fuerit.

Quod etiam aequivalet privationi cuiusque effectus sanativi voluntariae conviventiae coniugum post celebrationem. Jus autem antiquum Ecclesiae (necnon Instructio anni 1883 Sancti Officii) quod transivit et in codicibus civiilibus, recte agnoscebat magnum momentum tali voluntariae cohabitationi, quia revera ut ait S. Thomas «nil expressius consensum maritalem exprimere valet quam copula quae sequitur celebrationem ». Haec exclusio est magni momenti, quia vulnerabile et discutibile reddit quodlibet matrimonium post vel triginta annos a celebratione, post puta nativitatem plurium filiorum,

sicut erat discutibile die sequenti celebrationem. Quod sane certitudini et firmitati status matrimonialis et consequenti indissolubilitatis legi minime favet.

22. — Res praesertim apparere potest parum rationalis in illis impedimentis quae ex sese evanescunt, puta aetatis. Omnes civiles codices, referentes praxim Decretalium, assignant breve tempus (mensis vel semestris), in quo accusari potest matrimonium celebratum a minore qui requisitam aetatem attigit. Si minor postquam requisitam attigit aetatem per mensem vel per semestre conviventiam maritalem continuat, matrimonium sanatur authomatice nec amplius accusari potest. Ratio patet. Etsi vir ante 16 annos incapax erat emittendi validum consensum; post assecutam talem aetatem capax est, consensum vero efficacius per facta quam per verba profert pergendo voluntarie in conviventia coniugali. Cum nostro sistemate econtra possibile est viro (vel vicissim mulieri) qui ante aetatem requisitam celebravit et convixit per quinque vel etiam per quinquaginta annos, declarationem nullitatis expetere sui matrimonii *ex defectu aetatis* (!). Hic manifeste frustratur voluntas legislatoris, quia nullitas in hisce casibus semper verius expetitur non ob carentiam aetatis sed aliis omnino rationibus : puta quia coniuges litigaverunt, quia ad alios deflexerunt amores etc.

23. — Idem dicas de nullitate ex raptu, etsi mulier, libera effecta, per quadraginta annos voluntarie convixerit, matrimonium non convalidatur.

Peius quoque, quia agitur de casibus frequentioribus, evenit in casibus nullitatis ex crimine ex adulterio cum promissione et forsan etiam ex publica honestate, ne loquar de cognatione spirituali.

Quae graviora in hac disciplina apparent sunt duo :

1) Omnimoda exclusio effectus juridici pro consensu supervenienti celebrationi; sic vidimus matrimonia nulla declarata quia vir durante celebratione ebrius erat et dormitabat, per tres annos autem voluntarie cohabitavit, filios genuit etc., postea nullitatis matrimonium accusavit et vicit quia ebrius fuit die celebrationis : quod concedimus, at non ebrius erat die, mensibus et annis sequentibus dum voluntarie uxorem retinuit.

2) Expoliatio cuiusque effectus juridici voluntariae cohabitationis post celebrationem canonicam; dum voluntaria cohabitatio magis in immensum valeat quam quaelibet declaratio oralis coram Ecclesia prolata, quia factum plus quam verba ponderatur.

3) Transitus temporis qui possessiones omnes firmat, nil valet favore matrimonii canonici. Quod sane durum est : tempus enim in jure (contra id quod accidit in philosophia) est elementum essentiale : nec expedit ut matrimonia nostra perpetuo incerta vel impugnationi obnoxia maneant. Hoc vero fit non quia requiritur a natura rerum, sed unice « *ex lege ecclesiastica* » uti Clariss. Gasparri acute probat in suo Tractatu canonico De Matrimonio (Parisiis 1904 n. 1408 ss.). Sed quaeso lex ecclesiastica nonne optat ut certitudo habeatur status matrimonialis et ut pro posse eliminentur lites de eius validitate ?

Cui ergo bonum tanta difficultas convalidanti *matrimonium* — notetur — *coram Ecclesia celebratum* ?

24. — Major quoque rigor habetur quoad matrimonium irritum ob defectum consensus. Requiritur enim ex Canone 1036 par. 1 « ut pars quae non consenserat consentiat, dummodo consensus ab altera parte praestitus perseveret ». Nil dicitur de natura istius novi consensus, sed per analogiam eidem applicata est semper in foro descriptio Can. 1134 « nempe debet esse novus actus voluntatis in matrimonium *quod constet* ab initio nullum fuisse ».

Hoc sufficit ad impossibilem reddendam quamlibet convalidationem in hisce casibus : quando enim pars scire potest fuisse nullum suum matrimonium puta ob vim passam, ob exclusionem alicuius boni matrimonii, ob conditionem, nisi post sententiam Judicis ? Ante illam ergo non valet novum actum voluntatis convalidantem emittere, licet libenter velit cohabitare cum comparte et de facto cohabitaverit et per plura decennia !

25. — Amplius impossibilitas convalidationis emergit etiam ex praescripto par. 5 eiusdem Canonis, quod jubet renovationem formae, quoties defectus consensus fuit publicus; cum nempe potest in foro externo probari. Sequitur ideo quod in foro nunquam quaeritur an consensus supervenerit post celebrationem, quia in foro externo afferuntur *casus publici,*

qui nempe externe probari possunt; tunc vero ad convalidandum matrimonium necessaria erat *nova* celebratio tridentina, sit, nec emittere potuit, cum certa de nullitate sui coniugii numquam fuerit, iterum quia nunquam noviter matrimonium semper nullum manet : finge quod mulier coacta est ad Titium ducendum : matrimonium ergo nullum est quia mulier caruit necessaria libertate. Attamen, conviventia perdurante, mulier adamare incipit virum, et, qualibet coactione cessata, cum illo de facto per plures annos libenter cohabitat, filios gignit etc. Matrimonium tamen semper nullum manet, quia mulier novum voluntatis actum sensu canonis 1134 non emisit, nec emittere potuit, cum certa de nullitate sui coniugii numquam fuerit, iterum quia numquam noviter matrimonium coram Ecclesia celebravit; quae nova celebratio esset res vere mira vix sub luna possibilis.

26. — Sic nulla manent plurima matrimonia quibus natura sua nihil deesset ad validitatem. Omnes vero codices civiles (qui referunt jus Decretalium et testantur de *pacifica opinione juris,* quam multi facit Ecclesia), statuunt quod matrimonia sub vi et metu celebrata impugnari non valent postquam pars coacta, libertate a metu habita, cohabitavit per mensem (Codex Ital.) per semestre (Codex Gall.) etc. Idem docebat Instructio S. Off. anni 1883 necnon Instructio Austrica. Haec novam celebrationem matrimonii pro convalidatione requirebat tantum, quando nullitas matrimonii *notoria* erat, quod sane videtur rationale, nunc in nostro Codice loco *notorii* posita est vox *publica* cum interpretatione revera latissima, nunquam — ni fallor — praeteritis temporibus applicata, quae includit quidquid potest in foro externo probari.

Ex hac disciplina possibiles redduntur causae nullitatis matrimonii ex vi et metu motae a marito vel ab uxore postquam, matrimonio celebrato et metu cessato, voluntarie cohabitaverunt et per decennia, filios genuerunt etc.

Sufficit enim ut possint probare se fuisse coactos die celebrationis, nil vero judex curat nec curare debet an ipsi postea se ceperunt adamare et voluntarie cohabitaverunt vel per plura lustra.

27. — Hic iterum autem videtur frustrata intentio legislatoris, quia nullitas matrimonii postulatur non jam quia pars victima est metus, qui cessavit decem vel viginti annos

antea, sed quia mulier vel vir adulterinis amoribus nunc incensi sunt, quia volunt contubernium temere et impie institutum approbatione officiali adornare etc. Ad quae iterum postulandum videtur : cuinam haec prosunt ? Haud sane matrimonii certitudini et stabilitati ideoque consequenter matrimonii indissolubilitati : sed neque bono publico nec privato familiarum et prolis. Annon expediret redire ad disciplinam Decretalium, quam Codices civiles a nobis didicerunt dum nos eam relinquebamus, juxta quam cohabitatio voluntaria post celebrationem canonicam vim sanativam obtinebat, adeo ut post aliquod tempus impugnari matrimonium non valeret ? Cur reliquere absque gratia sacramentali tot matrimonia initio coacte inita et postea pacifice confirmata?

28. — Maxima liberalitas econtra regnat in Art. II qui tractat de sanatione in radice. Haec « includit non modo dispensationem ab impedimento sed et a forma, et retrotractionem, per fictionem juris, circa effectus canonicos ad praeteritum » (Can. 1138).

Est revera indulgentia plenaria et eousque pervenit ut sit quotidiana concessio sanationis connubii mere civilis (quod ab Ecclesia purus concubinatus reputatur) quando pars (generatim vir) qui civilem actum peregit *obstinate renuit* (quia forsan incredulus, religioni adversus etc.) coram Ecclesia celebrare. Tunc ad providendum bono uxoris sanatur matrimonium civile, et vir qui nullo pacto ligari coram Ecclesia volebat, *se invenit* (etiam nescius si ei uxor hoc non pandat) ligatum et coram Ecclesia. Hic — puto — liberalitas Ecclesiae maximum gradum attingit, ut consulat uni coniugum, licet contra malum animum alterius.

Sanatio haec tam ampla conceditur a Sancta Sede, sed facultate delegata, etiam a pluribus Episcopis, ab Ordinariis et etiam a simplicibus missionariis.

Attamen ut habeatur sanatio oportet eam petere, non est automatica : ideoque non consulit firmitati matrimoniorum in genere, nec valet numerum causarum nullitatis minuere; quando enim petita est sanatio, causa nullitatis sane non instituitur.

29. — Pervenimus modo ad considerationem phoenomini proprii horum recentiorum temporum, nempe ad multiplicationem causarum *formalium* nullitatis matrimonii. Saeculo

praeterito, scilicet ante « Sapienti Consilio » 1908, et ante Codicem 1918, processus formales singulo quoque anno tractati vix quinquagesimum pro toto mundo numerum attingebant : maxima eorum pars a Sacra Congregatione Concilii decidebatur, procedura peculiari, partim judiciaria partim administrativa.

Nunc Sancta Sedes amisit super has causas nullitatis ordinariam inspectionem, quia ad exsecutivam habendam sententiam nullitatis matrimonii sufficit duplex sententia conformis tribunalium dioecesanorum : ad Apostolicum Tribunal Sacrae Romanae Rotae appellatio est tantummodo facultativa, nec desunt loca in quibus et tertia instantia agitari potest in tribunali dioecesano.

30. — Plura perfici possent in procedura harum causarum, quae forsan — utpote spirituales — aptius tractarentur modo aliquo semiadministrativo quam stricte applicando normas libri IV Codicis qui agit de contentiosis. In hisce enim processibus, fere nunquam vera contentio adest, nec litis contestatio (Can. 1726) « qua obiectum judicii constituitur », quia ambo generatim coniuges postulant nullitatis declarationem, et de facto unicus extat advocatus; adiunctum quod ne concipi quidem potest in vera lite.

Res prouti hodie extant haud valde conferunt ad detegendam veritatem; contradictorium fere abest vel est valde debile; nimios favores quandoque obtinent matrimonii osores : etiam *in jure* tribunalia aliquando ad maximas possibiles deveniunt concessiones favore nullitatis. In applicatione juris ad factum generatim positio vinculi non est par positioni actoris, dum esse deberet favorabilior, non modo ob favorem matrimonii (Can. 1014) sed etiam ob fundamentalem regulam judiciorum juxta quam « reo potius quam actori favendum est ». Item impugnantibus matrimonium, et post duplicem vel triplicem quoque sententiam adversam, datur nonnunquam facultas aliam experiendi instantiam, quod nunquam autem, vel fere nunquam fit quando matrimonium nullum declaratum fuit; etsi sententia dubiis fulciatur fundamentis. Aliqua Romana confirmatio sententiae (cf. c. 666) non abs re esset.

31. — Attamen maxima fons multiplicitatis harum causarum, quae econtra rarae esse deberent si volumus indissolu-

bilitatem *effectivam matrimoniorum* vigere, sunt normae quas recensuimus obstantes authomaticae convalidationi matrimonii initio nulli. Si illae normae apte modificarentur, ex. gr. si rediretur ad normam classicam, loqui non posse de conditione apposita quando voluntaria consummatio matrimonii locum habuit, juxta legem latam ab Innocentio IV quae ita refertur ab Instructione Austriaca « Qui matrimonium consumat eo ipso conditioni nuntium mittit », plurimae causae introduci non possent. Idem dicas si paulo severius applicaretur norma in sede judiciali fundamentalis quod ex actu illicito nullum jus derivari potest; ideoque qui libere simulaverunt aliquam essentialem proprietatem matrimonii celebrando excluserunt, contra legem agendo, audiri non possent. Ad Tribunal enim acceditur non ad probandum se violasse legem, sed ad se purgandum a tali accusatione.

Judex quidem non est confessarius cui culpae revelantur ad obtinendam absolutionem : confessarius credere debet poenitenti tam pro se quam contra se loquenti, quia poenitens si mentiatur nil assequitur et sibi soli nocet, veluti infirmus qui mentitur suo medico a curatione, at judex assimilari potest medico fiscali, qui nempe agnoscere debet infirmitatem ad assignandam pensionem, ad concedendam exemptionem a servitio militari etc., huic sane medico, sicut et judici, facile quilibet mentitur vel saltem exaggerat suas reales vel confictas infirmitates. In regimine vero stricte judiciali viget inflexibilis regula quod legis violatio nunquam fiat lucrosa, hoc lucrum enim practice legem aboleret.

Quando vero pro animarum salute requiratur nullitatem et in hisce casibus pronuntiare, hoc Auctoritas Ecclesiastica, omnibus rerum adiunctis consideratis, bene peragere poterit; procedens autem in viam gratiae et indulgentiae erga resipiscentes, qui non praesumunt jura sibi spectantia vindicare, sed benignitati et misericordiae Ecclesiae licet indigni, se committunt.

32. — Si nunc vero cathegorias causarum magis frequentes, inspicimus quod haec, praeter impotentiam et amentiam, quae sane causae eliminari nequibunt, sunt illae vis et metus nonnunquam motae post plures annos voluntariae conviventiae, post genitos filios etc.

Haec non rarissime sunt ex nihilo creatae et in illis fraus adesse potest. Secunda cathegoria est forsan nunc magis frequens quam praecedens, illa nempe exclusionem bonorum matrimonii, praesertim prolis vel conditionum contra substantiam. Hic vero partes vel pars excludens conatur probare se legem violasse, ideoque ... exigit cartam libertatis, qua habita, forsan et iterum legem canonicam violabit nulliter celebrando. Differt casus quando accusat nullitatem pars innocens, dummodo tamen talis revera fuit nec agat concorditer cum parte culpabili, ut vix vitari de facto saepe potest. Tolerari posset ut qui legem violavit, plus minusve culpabiliter, postulet indulgentiam Ecclesiae, non autem praetendat jura, quae non habet nec habere potest, vindicare (Can. 1552).

33.— Restant causae summariae in quibus nullitas est certa et documentabilis, quae quidem natura sua nimis frequentes esse non possunt et utrumque scandalum vel admirationem fovere generatim non valent.

Quod numerus processuum nullitatis matrimonii, praesertim formalium minuatur, expedit non modo ad firmandam indissolubilitatem effectivam matrimonii christiani et ad vitanda plura mala, sed etiam hisce temporibus, in quibus numerus sacerdotum deminutus est, ne tot sacerdotes qui utilius servitio animarum addici possent, detineantur in labore tribunalium ex quo non semper aedificatio procurabitur.



Quae quidem, ut minus sapientes submisse scripsimus, materiam matrimonialem per summa capita tangendo et tantummodo materiam viris doctioribus indicando.

Nemo equidem sanus sperare poterit quod in futuro matrimonia ecclesiastica *omnia sint de facto valida,* et quod omnes lites de contractis matrimoniis prorsus eliminentur; cum econtra expediat, imo quandoque urgeat, nullitatem quorumdam pseudo-matrimoniorum declarare, non modo ob privatorum sed etiam ob commune bonum. Necesse autem videtur ut quammaxime caveatur ut hae inevitabiles exceptiones ob suam raritatem vel notorietatem, minime noceant fundamen-

tali regulae firmissimaeque opinioni, circa matrimonia coram Ecclesia celebrata (praesertim si cohabitatio plus minusve longa postea secuta est); ne dubitatio quidem validitatis de his per se foveri posse; quae regula quaeque opinio nihil est nisi ipsius legis indissolubilitatis matrimonii canonici externa facies vel vulgaris definitio.

Vittorio BARTOCCETTI.

ERREUR COMMUNE
ET SUPPLÉANCE DE LA JURIDICTION

DOCTRINE, HISTOIRE ET JURISPRUDENCE

Deux réponses de la Commission d'interprétation du Code, datées du 26 mars 1952 (1), sont venues renouveler l'actualité de « l'erreur commune », question aussi délicate que difficile dont les controverses séculaires n'ont pas épuisé les aspects ni affaibli l'intérêt. En réalité, la portée de ces décisions déborde le champ de l'erreur commune, puisqu'elles concernent l'application intégrale du canon 209; or, celui-ci envisage la suppléance de la juridiction, non seulement en cas d'erreur collective, mais encore en cas de doute (positif et probable), soit de droit, soit de fait, — dont il ne sera pas question dans le présent article. Par ailleurs, les réponses de la Commission cardinalice ne visent *directement* que deux matières bien déterminées : l'assistance au mariage et le pouvoir dominatif (2).

Malgré la portée limitée de ces décisions, les canonistes ne se sont point mépris sur l'importance et le retentissement de cette interprétation authentique (3). C'est d'ailleurs la

(1) Cfr. *Acta A.S.*, XLIV (1952), p. 497.

(2) Sur l'application au *pouvoir dominatif*, voir le commentaire de P. Delchard, *Revue de Droit canonique*, juin 1953, p. 112.

(3) Cfr. Bidagor, dans *Monitor ecclesiasticus*, 1952 (III), p. 411-420; Delchard dans *Nouv. Revue Théol.*, décembre 1952, p. 1087-1094.

première fois qu'un texte officiel fournit de telles précisions à propos de la suppléance de la juridiction statuée au canon 209. La Commission du Code met ainsi un point final à une série de discussions soulevées par les commentateurs du Code et leurs devanciers, à propos de l'erreur commune. Non seulement, en effet, elle tranche d'autorité deux points très précis soumis à sa décision, mais encore, indirectement, elle prend à son compte et couvre de son autorité (sans y faire allusion) les positions doctrinales audacieuses occupées par certains interprètes privés.

Il est désormais authentiquement certain que l'assistance au mariage et le pouvoir dominatif sont «assimilés», au moins quant à la suppléance, au pouvoir de juridiction (4). Mais on conclura facilement, du fait que le canon 209 s'applique au cas du prêtre qui assiste au mariage sans aucune délégation, que la suppléance de juridiction jouera *a fortiori* pour le *curé putatif* et aussi pour tous ceux qui, dans le Code, *nomine parochi veniunt* et jouissent des droits curiaux (can. 472, 473, 474).

Il n'en faudrait pas déduire que la décision romaine a tranché tous les doutes et mis fin à toutes les difficultés soulevées par un point de droit particulièrement délicat. Le canon 209 avait mis un terme à des controverses vieilles de plusieurs siècles; mais il avait, à son tour, soulevé bien des questions et fait naître de nouveaux doutes. Si les décisions de 1952 apaisent de nombreuses discussions sans cesse renouvelées depuis la promulgation du Code, elles laissent le champ libre à de nouvelles investigations et ne prétendent pas avoir épuisé le sujet. Sur le point précis de l'erreur commune, en particulier, le législateur s'est abstenu de définir en quoi elle consiste et dans quels cas et à quelles conditions elle peut être réalisée.

C'est pourquoi, aujourd'hui comme hier, il reste nécessaire, pour la définir et en juger, de recourir à la « doctrine ». Celle-ci, à son tour, n'aura de valeur que si elle s'appuye

(4) Un premier pas avait été fait en 1927, lorsque la Commission appliquait à l'assistance au mariage (can. 1096), les normes établies par les canons 1096-1209 au sujet du « pouvoir ordinaire et délégué » (28 déc. 1927, *A.A.S*,. XX, 1928, p. 61).

sur l'histoire et la jurisprudence. C'est toute la raison d'être de la présente étude.

I. NOTION DE L'ERREUR COMMUNE (5)

1° *Le nom.* L'association de ces deux termes *error communis* qui connut dans le passé un réel succès et fait partie aujourd'hui du vocabulaire canonique, ne paraît pas remonter au delà du XIV[e] siècle. Mais la réalité qu'elle exprime était connue du droit romain. Les Glossateurs du Moyen-Age, qui l'employèrent pour la première fois, ne donnèrent pas à l'expression la valeur quasi-institutionnelle que les juristes postérieurs paraissent lui avoir attribuée en reprenant à leur compte et en l'amplifiant, la célèbre formule du jurisconsulte Paulus (*Dig.*, l. XXXIII, tit. X, lex 3, § 5) : *Error* (*communis*) *facit jus.* A le prendre à la lettre, ce brocard pourrait laisser entendre que l'erreur commune est la cause efficiente de la suppléance de la juridiction chez un magistrat ou un prélat qui en est dépourvu.

En réalité, les Glossateurs du droit romain ne considéraient l'erreur commune que comme l'*une* des conditions requises pour valider les actes d'une personne inhabile. L'un d'eux, Bald de Ubaldis (1327-1400), énumère, dans son commentaire du Digeste, trois éléments nécessaires à cette validation : à côté de l'erreur commune, il cite : *superioris auctoritas et plurimorum utilitas.* Et il pose la question de la suffisance de l'erreur commune, là où ferait défaut l'autorité du supérieur. La réponse est que, à parler strictement (*de rigore*), les actes d'un pseudo-notaire seraient sans valeur, mais qu'ils sont considérés comme valides en raison de l'équité

(5) Il n'est pas possible, dans un article de dimensions restreintes, de donner une bibliographie, même sommaire, du sujet. On trouvera l'essentiel dans l'ouvrage, désormais classique, de Wilches, o. f. m., *De errore communi in jure romano et canonico*, Rome (Antonianum), 1940.

Le grand mérite de cet ouvrage, à notre avis, est d'avoir dépouillé les sources supplétoires de droit et, partant des textes législatifs et de la doctrine professée par les romanistes et les canonistes, d'avoir osé formuler des opinions qui parurent hardies à l'époque, mais que l'interprétation officielle et la haute jurisprudence canonique ont fini plus ou moins par adopter ou confirmer.

(*de equitate*) (6). Un autre glossateur, Zoès, professeur à Louvain († 1627), s'insurge contre ceux qui voudraient faire de l'erreur commune le motif de la suppléance de la juridiction. Or, une erreur qui s'oppose au consentement et le détruit ne saurait être dite source d'un droit ni tenue pour une vérité. Le vrai motif de la loi, dit-il, c'est *l'utilité publique*. Des remarques analogues se lisent chez les canonistes du Moyen-Age (7). Tous les auteurs. moralistes et canonistes, de la période moderne s'accordent à voire dans l'erreur commune non point une institution créatrice de droit, mais une circonstance ou l'une des conditions prérequises pour que le législateur ecclésiastique suplée au défaut de juridiction.

2° *La chose.* Le Code, pas plus que les recueils de législation antérieure, n'a donné de l'erreur commune aucune définition ; rien d'étonnant : la loi est faite pour ordonner, non pour définir ; d'ailleurs « *omnis definitio in jure periculosa est* ». Ce qui étonne davantage, c'est que les auteurs qui ont disserté de l'erreur commune à travers les siècles, aient observé, dans l'ensemble, une égale discrétion. Peut-être est-ce une notion trop obviée ? ou trop subtile ?

Le danger d'une définition étant moindre en doctrine que dans un texte législatif, on peut s'en tenir à cette motion générique qui explicite les deux normes de l'expression : « L'erreur commune est un jugement faux porté par un nombre imposant (*multi*) ou par la majeure partie de la communauté. » Cette définition est assez large pour englober les conceptions fort variées des auteurs et ne pas condamner en principe aucune des opinions qu'ils ont émises. Sans vouloir les passer toutes au crible, il y a intérêt, au point de départ, à en discerner la valeur.

a) *Erreur et ignorance.* L'erreur étant, *à strictement parler,* un jugement faux, diffère de l'ignorance en ce sens qu'elle

(6) On peut noter, par comparaison, la conclusion d'Ulpien après l'exposé du fameux cas de Barbatius (*Dig.*, l. I, tit. XIV, les 3) : « cela est plus humain » (*hoc enim humanius est*). (Cette péricope dont l'authenticité est contestée par certains, a été admise par Mommsen dans son édition du *Corpus juris civilis*, Berlin, 1870.)

(7) Il n'est pas inopportun de souligner la rédaction du canon 209 et le rôle qui y est attribué à l'erreur commune : lorsque celle-ci est réalisée (*in errore communi*), c'est *l'Eglise* (donc l'autorité) qui supplée la juridiction.

suppose une adhésion positive à un fait inexistant; en logique, l'erreur consiste dans le rapprochement de deux idées au sujet desquelles l'esprit établit une comparaison et porte un jugement qui n'est pas conforme à la réalité objective. L'ignorance étant, au contraire, par définition, une absence de connaissance, implique par là-même une carence de tout jugement.

Cependant, même en demeurant dans la sphère sereine de la logique, on ne saurait nier qu'entre l'erreur strictement dite et l'ignorance, il n'existe des liens de profonde affinité. En fait, l'ignorance est, très souvent, la cause de l'erreur (8). L'erreur, quoique théoriquement distincte de l'ignorance, est fréquemment « l'ignorance en acte ». Se tromper, c'est porter un jugement théorique non conforme à la réalité objective, ou bien, pratiquement, agir selon un jugement faux.

Rien d'étonnant que le droit romain, toujours apte à saisir les incidences pratiques des principes abstraits, n'ait assimilé l'ignorance et l'erreur quant à *leurs effets juridiques*. Les romanistes ont souligné, à ce propos, que l'élément commun à l'ignorance et à l'erreur est le « manque, dans l'esprit, d'une représentation (ou idée) exacte de la vérité » (9); dans le premier cas, ce défaut est une carence, dans le second, c'est une déviation (10). Mais, à aller au fond des choses, dans l'un et l'autre cas, l'esprit se trouve dans un état de non-conformité avec l'ordre réel. Il n'apparaît donc pas absurde d'accorder, dans le domaine du droit, un traitement identique à l'ignorance et à l'erreur.

Si cette position du droit romain à l'égard de l'ignorance avait été mieux considérée, nombre d'attitudes rigides ou d'opinions intransigeantes à l'égard de l'erreur commune eussent pu être rectifiées. N'est-ce pas, par exemple, au nom

(8) Nous n'irions pas cependant jusqu'à dire, avec Wilches (*De errore communi*, p. 9) : « Nemo errat nisi ignorantia ductus ». Car l'erreur peut avoir d'autres causes que l'ignorance, v. g. l'aveuglement, la passion, la mauvaise foi, le dol, etc.

(9) Cfr. Von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* (1840), III, p. 326.

(10) Et il est tellement « naturel » de passer de l'une à l'autre que des canonistes avertis peuvent écrire : « L'*erreur commune* est réalisée si tous, ou presque tous, *ignorent* le défaut de juridiction » (*Apollinaris*, 1934, I, p. 81).

de l'ignorance « des fidèles assistant à un mariage, et qui ne font guère attention au rôle du prêtre recevant le consentement », que l'on a rejeté la possibilité de l'« erreur commune », lorsqu'il s'agit d'un seul mariage ? (11) N'est-il pas plus vrai de dire que les assistants à un mariage, bien qu'ignorant les subtilités du droit au sujet la « forme de célébration », en particulier les exigences concernant la délégation (à un prêtre déterminé, pour un mariage déterminé ...) pensent intérieurement (donc jugent), même s'ils ne sont pas très attentifs au détail des cérémonies, que le prêtre qui bénit le mariage « fait son métier » ?... La meilleure preuve serait les réflexions qu'ils feraient spontanément, si l'on venait leur dire après la cérémonie ou le lendemain que « le mariage est nul, parce que le curé manquait de pouvoirs : tous se déclareraient convaincus du contraire... A notre avis, la *nescientia* pure et simple ne pourrait se rencontrer que chez des gens totalement étrangers au mariage, mais non chez les assistants.

Cette assimilation de l'ignorance et de l'erreur quant aux effets juridiques, ne fut pas l'apanage du seul droit romain. L'illustre Schmalzgrueber (l. I, pars I, tit. I, De judiciis, nn. 20, 22), qui rejetait la suppléance de la juridiction lorsque l'erreur provenait d'une « ignorance du droit », ne craignait pas d'affirmer que « les actes d'un évêque ou d'un prélat, dont l'élection est nulle, sont valables, pourvu que cette nullité soit ignorée dans le public, *si ejus nullitas publice ignoretur* » (n. 22). Ignorer la nullité, qui existe, n'est-ce pas, indirectement, croire à la validité (qui n'existe pas) ? Autrement dit, n'est-ce pas équivalemment « se tromper » ?... (12)

Plus récemment, parlant de l'erreur commune susceptible de suppléer au défaut de pouvoir du prêtre qui assiste au mariage, la Rote ne craignait pas d'affirmer : *Error differt*

(11) Clayes-Bonnaert, art. *Bonne foi*, dans *Dict. de Droit can.*, col. 962. Cfr. Naz, *Traité de droit canonique*, I, p. 351, n. 496; Jombart, art. *Erreur commune*, dans *Dict. droit can.*, col. 443.

(12) C'est sans doute pourquoi quelques auteurs qui admettaient la suffisance de l'*erreur interprétative* pour la suppléance de la juridiction, lui donnaient indifféremment le nom d'*ignorantia communis*. Cfr. *Apollinaris*, 1934, n. 1, p. 82.

quidem ab ignorantia... Nihilominus error et ignorantia saepissime promiscue accipi solent (13).

b) *Diverses espèces d'erreur.* L'erreur peut porter sur un fait (*error facti*), ou sur un point de droit (*error juris*). Selon le canon 16 § 2, l'erreur portant sur la loi n'est généralement pas présumée (*error juris*) ; mais si elle existe, le canon 209 lui reconnaît la même efficacité qu'à l'erreur de fait, en ce qui concerne la suppléance de la juridiction ; les canonistes antérieurs, au contraire, n'attribuaient le bénéfice de la suppléance qu'à l'erreur portant sur un point de droit obscur ou douteux, mais non dans le cas d'un droit clair et indubitable. Il reste cependant, aujourd'hui comme hier, qu'une erreur de droit se rencontrera moins fréquemment, et surtout sera plus difficile à prouver (en raison de la présomption établie par le canon 16) que l'erreur de fait. Si l'erreur de droit existe chez les auteurs (canonistes ou moralistes), ou chez la majorité d'entre eux, l'erreur « commune » sera facilement réalisée.

La division la plus importante est certainement celle qui distingue l'erreur *privée* ou individuelle (qui ne touche qu'un petit nombre de personnes ou même une seule personne), — et l'erreur *commune* ou publique, qui affecte un certain nombre d'individus ou l'ensemble d'un groupement, d'une communauté.

La difficulté de définir un chiffre, absolu ou relatif, pour que l'erreur puisse être dite « commune », a fait surgir une autre distinction de l'erreur : elle peut être « actuelle », c'est-à-dire réalisée en fait (erreur *de facto*, que l'on ne confondra pas avec *error facti*) ou « virtuelle » (appelée aussi *de jure* (14), ou encore « interprétative », « putative »), lorsqu'elle n'existe pas encore effectivement, au moins en tant que « commune » ; mais les circonstances sont telles que nécessairement un grand nombre de personnes se tromperont, parce qu'elles sont en état de se tromper.

c) *Fondement de l'erreur.* Pour que l'erreur mérite le nom de virtuelle, les canonistes sont d'accord pour exiger

(13) Coram Pecorari, 23 décembre 1942, *Rotae decisiones*, vol. XXXIV, p. 840.

(14) Et non pas *juris*, comme la nomme (à l'encontre de la terminologie commune) Dalpiaz, dans *Apollinaris*, 1934, p. 491.

qu'elle ait un « fondement », c'est-à-dire une cause (fait ou parole) apte de sa nature à engendrer l'erreur dans l'esprit de beaucoup, encore qu'*en fait* un tout petit nombre, ou même un seul, porte un jugement effectif et erroné.

Parmi ces fondements de l'erreur, une attention toute particulière fut donnée au « titre » canonique et spécialement au « titre coloré », lequel est une désignation ou collation de pouvoirs faite par le supérieur légitime : en apparence rien ne lui manque, mais, en raison d'un vice caché, elle ne transmet efficacement aucune juridiction. Les auteurs ont beaucoup et longtemps disserté sur la nécessité de ce titre, soit somme fondement de l'erreur commune, soit même comme condition ajoutée à l'erreur elle-même. Le Code (can. 209) a mis fin aux controverses en gardant le silence au sujet du titre coloré, considéré désormais comme n'étant plus exigé. Nul doute cependant que lorsqu'il existe, l'erreur commune est plus facilement réalisée et plus aisément prouvée.

Il reste qu'à défaut de titre coloré, d'autres causes doivent exister, susceptibles de favoriser l'erreur de la communauté. Pour ceux qui admettent que l'erreur *virtuelle* suffit, l'existence d'un fondement de cette erreur est d'une importance capitale. Certains se sont laissés entraîner à appeler « erreur commune » le *fondement* de cette erreur, c'est-à-dire la perception du fait ou de la parole qui y donne lieu. Mais il y a, dans cette manière de parler tout à fait analogique, un certain abus de langage, qui déforme le sens des mots et confond la cause avec l'effet. En droit strict et selon la saine logique, seule l'erreur (jugement faux) est susceptible de provoquer, de la part de l'Eglise, une suppléance de juridiction. Cependant, comme le jugement est un acte interne, non perceptible extérieurement (15), le droit se contente de « présumer » l'existence de ce jugement interne, dès lors que les sujets ont perçu ce qui est capable de causer l'erreur. (Dans les affaires contentieuses, le droit exigera une *preuve*.)

(15) Il n'est d'ailleurs pas requis que ce jugement soit explicite jusque dans ses ultimes conclusions; il suffit que de la perception de la cause (événement ou parole), qui est à l'origine de l'erreur (fondement), on déduise *implicitement* l'existence d'une juridiction ou capacité juridique.

Néanmoins, il ne serait pas sans inconvénients de confondre l'erreur commune avec son fondement, et de ne pas distinguer son existence objective de ce qui n'est que sa preuve ou sa présomption.

d) *Erreur et bonne foi.* De bonne heure, romanistes et canonistes se demandèrent si la bonne foi était un élément essentiel de l'erreur commune et de la suppléance de la juridiction.

Pour ceux qui effectivement se trompent ou sont susceptibles de se tromper, la question ne se pose pas : ils sont dans la bonne foi et ils doivent y rester, sinon l'erreur cesserait, ou du moins elle cesserait d'être commune. Mais la question peut se poser sous d'autres angles.

Le fait que le préteur, le juge ou le prélat est conscient de son manque de pouvoirs, est-il un obstacle à l'erreur commune et donc à la suppléance de juridiction ? La réponse négative ne fait pas de doute; d'abord en raison des textes du droit romain et des exemples qui y sont rapportés : les bénéficiaires de la suppléance apparaissent comme parfaitement conscients de leurs incapacités; ensuite, parce que c'est en vertu de l'erreur *commune* que joue cette suppléance : or la science d'un *seul* (ou même d'un petit nombre) (16) n'est pas un obstacle à l'erreur de l'ensemble s'il garde le silence; enfin c'est en vue du bien commun qu'a été instituée la suppléance de pouvoirs : le magistrat ou le prélat qui en use ne va pas à l'encontre du but de la loi ni de la volonté du législateur; sa mauvaise foi ne saurait nuire au fonctionnement valide de l'institution. Seule la question de *licéité* peut s'imposer à lui, dans le cas où il y aurait un autre moyen de procurer le bien général. Sur ce point, la doctrine est bien assise : « Il y a erreur commune, même si le juge ou le confesseur est de mauvaise foi », écrit Schmalzgrueber (17).

La question est plus délicate si elle est envisagée du point de vue de ceux qui mettent personnellement à profit la juridiction suppléée, tout en ayant conscience de l'empêchement qui atteint le magistrat ou le prélat. Peuvent-ils bénéficier

(16) « L'opinion opposée d'une ou de deux personnes ne nuit pas (à l'erreur) : l'estimation ne cesse pas d'être commune », dit Santi-Leitner, *Praelect. juris can., De judiciis*, n. 14.

(17) *Jus eccl. univ.*, t. II, pars I, tit. I, *De judiciis*, n. 22.

de l'erreur commune ? Les réponses de la doctrine et de la jurisprudence furent hésitantes et pas toujours concordantes. Le droit romain ne fournissait pas de solution claire, car les textes semblent supposer que l'inhabilité des magistrats était restée absolument inconnue. D'autre part, il était admis que la connaissance de l'empêchement par une ou deux personnes ne nuisait pas à l'erreur commune. Il y avait lieu d'être perplexe.

Les canonistes soulevèrent la question dès le XIII[e] siècle, à propos de la confession faite à un prêtre non approuvé par son évêque, mais qui passe pour être muni de pouvoirs. Il semble qu'un courant favorable se dessina tout d'abord, sous l'influence d'Innocent IV († 1254) et du cardinal d'Hostie, Henri de Ségusia († 1271), en faveur de l'application des faveurs de l'erreur commune aux choses spirituelles et au for interne ; « l'absolution est valide non seulement *coram Deo,* mais encore, disent quelques-uns, *coram Ecclesia* ». Dans l'ensemble cependant c'est l'opinion contraire qui prévaut : l'absolution est invalide, attendu que l'erreur commune n'est pas un obstacle à l'erreur de l'ensemble, s'il garde le silence ; est de « mauvaise foi », c'est-à-dire s'est adressé à ce prêtre, sachant qu'il était dépourvu de juridiction. Sans doute, fait-on remarquer, les pénitents qui ont agi de « bonne foi » n'ont pas à être inquiétés : leur conscience est en paix avec Dieu, *qui cor contritum et humiliatum non spernit.* Mais, même dans ce cas, la plupart des auteurs imposent de *réitérer* la confession, dès que cesse la bonne foi au sujet de l'inacapacité du confesseur qui a donné l'absolution.

La question fut également posée, spécialement au XIV[e] s., à propos de celui qui demandait l'absolution à un excommunié occulte, mais *connu comme tel* par le pénitent. Que le sacrement ait été considéré comme invalide, rien de surprenant, car nombre de canonistes font remarquer que le pénitent n'était « pas dans de bonnes dispositions », ayant sciemment violé la loi de l'Eglise, qui, selon la discipline du temps obligeait à « éviter » tout excommunié. Pourtant la réponse est la même s'il s'agit non de la confession, mais d'un rescrit obtenu, d'une dispense ou d'une sentence prononcée par un excommunié quel qu'il soit ; c'est dire qu'on lui refuse le bénéfice de l'erreur commune. Plusieurs décrétalistes sou-

lignent que théoriquement et « en droit », ces actes devraient être valides en raison de la suppléance de juridiction; mais très justement ils sont « irrités » *en haine* de celui qui sciemment a communiqué avec un excommunié et « afin de le punir par où il a péché ».

Mais au XVI[e] siècle, à la suite de la Constitution de Martin V, *Ad evitanda* (1418), on distingua deux catégories d'excommuniés; seuls ceux qui étaient publiquement dénoncés et les *notorii clericorum percussores* devinrent « à éviter ». Dès lors, les motifs de représailles n'existaient plus pour toute une catégorie de pénitents qui, de mauvaise foi, s'adressaient à un excommunié. Thomas Sanchez († 1610) signale ce fait nouveau et fait valoir que la question de validité du sacrement regarde la juridiction du confesseur bien plus que les dispositions du pénitent. Il exquisse timidement une solution pour le cas de l'absolution demandée sciemment (*ex mala fide*) à un excommunié à éviter, mais dont la censure est ignorée dans le lieu ; le sacrement serait valide sous le rapport de la juridiction, en raison de l'erreur commune ; mais il est sans valeur à cause des mauvaises dispositions du pénitent; de plus, celui-ci est tenu de renouveler sa confession « en haine de son délit ».

En doctrine donc, on peut dire que la bonne foi est requise pour que l'erreur commune puisse porter ses fruits dans les actes du for interne. Cependant la juridiction constante de la S.C. du Concile (18) est de ne pas accorder le bénéfice de l'erreur commune aux confessions faites *même de bonne foi* à un prêtre non muni de juridiction par son Ordinaire : l'absolution est nulle. Sans doute ces pénitents ne doivent pas être inquiétés tant qu'ils demeurent dans la bonne foi; mais dès qu'ils auront la connaissance ou le soupçon de l'absence de pouvoir du confesseur et de la nullité du sacrement reçu, ils doivent réitérer leur confession.

Dans la discipline du Code, la question de la bonne ou mauvaise foi de celui qui utilise les faveurs de l'erreur commune ou en bénéficie ne saurait intéresser que la licéité de

(18) Voir les réponses très ressemblantes du 1[er] décembre 1588, du 11 décembre 1683 et du 25 septembre 1858.

l'acte de juridiction (absolution, dispense, sentence, etc...) posé par le magistrat, confesseur, prélat. Mais l'acte restera valide et il n'y aura pas à le renouveler, pourvu que les conditions de l'erreur *commune* aient été réalisées. Ce sont précisément des conditions qu'il nous faut examiner.

Quand peut-on dire que l'erreur est « commune » ? C'est sans doute l'aspect le plus délicat et le point le plus âprement discuté de la notion que nous étudions.

De par sa signification étymologique, le terme « commun » suggère l'idée d'une « appartenance à plusieurs (au poins à deux), à beaucoup ou à tous ». Dans les nombreux canons du Code où ce qualificatif est employé, l'idée de *pluralité* (par ex. vie commune, table commune, souche commune, conseil commun, etc.) est aussi souvent représentée que celle d'*universalité* (droit commun, bien commun, peines communes, etc...). Parfois, « commun » s'oppose à « particulier » ou à « propre » (droit général et droit particulier, cimetière commun et cimetière propre, can. 1208) ; quand il est mis en parallèle avec le mot « secret » (archives communes et archives secrètes, can. 379), le terme suggère l'idée d'une certaine publicité.

Quoi qu'il en soit, accouplé au mot « erreur » dans le canon 209, le qualificatif « commun » ne saurait, ni en lui-même, ni en vertu du parallélisme juridique (*ad locos Codicis parallelos,* can. 18) être considéré nécessairement comme synonyme d'*universel.*

Cependant, il ne manque pas d'auteurs, avant ou après la promulgation du Code, qui, hypnotisés par cette dernière signification, exigèrent que l'unanimité des membres de la communauté (à quelques exceptions près) fût dans l'erreur. D'autres se contentèrent d'exiger l'erreur « du plus grand nombre », ou même de « beaucoup ». La difficulté était de fixer pratiquement un chiffre, puisque, jusqu'au début du xx[e] siècle, les auteurs n'envisageaient que l'hypothèse d'une erreur « actuelle ». Plusieurs s'y essayèrent, mais les écarts entre les chiffres proposés n'étaient pas minces, d'autant plus qu'il fallait préciser si les nombres proposés avaient une valeur *absolue* ou seulement *relative,* c'est-à-dire proportionnée à l'importance de la communauté ou groupement (diocèse, paroisse, collège, couvent, etc.).

Le chiffre de deux-cents personnes fut avancé comme suffisant pour constituer, *de façon absolue* dans toute communauté (19) le noyau d'une erreur « commune ». Compte tenu de l'importance de la communauté susceptible de se tromper, les auteurs ont avancé les chiffres suivants : quinze à vingt-cinq personnes pour une communauté religieuse de trente à cinquante personnes (20) ; quatre ou cinq moniales dans un monastère de dix ; cent personnes dans un collège (21) ; dans une paroisse de mille âmes, une vingtaine de personnes se confessant en fait et une trentaine d'autres sachant qu'il y a un confesseur à leur disposition (22), etc... C'était déjà admettre la suffisance de la « pluralité » (*multi, plures*) dans l'erreur, sans exiger la majorité ni l'unanimité.

Mais qui ne voit ce qu'il y a d'imprécis et même d'arbitraire (23) dans ces déterminations en une matière qui intéresse la validité d'actes importants, soit pour le bien général de l'Eglise, soit pour le salut des âmes en particulier ? De plus, ce genre de comput est lui-même incontrôlable : d'une part il n'est pas possible de connaître le jugement (erroné) porté par les personnes, s'il ne se manifeste pas par quelque parole ou quelque geste ; d'autre part nul ne saurait dire à quel moment précis le chiffre exigé est atteint.

C'est pourquoi les moralistes et canonistes furent amenés peu à peu à admettre la suffisance de l'erreur dite *de jure* (appelée aussi « virtuelle », « interprétative » ou « fondamentale ») : celle-ci est réalisée, même si *un seul* se trompe en fait, à condition que beaucoup soient « en puissance » de se tromper ; pour cela, il faut et il suffit que le jugement erroné ait son *fondement* dans un fait public

(19) Vermeersch, *Theol. moralis*, III, n. 459 ; Wouters, *Manuale theol. mor.*, I, n. 103.

(20) Clayes-Bouuaert, dans *Dict. de droit can.*, art. *Bonne foi*, col. 860.

(21) Jombart, dans *Dict. de droit can.*, art. *Erreur commune*, col. 442.

(22) Clayes-Bouuaert, dans *Traité de droit can.* (Naz), t. I, n. 498.

(23) Parlant de ce comput aussi fantaisiste qu'incontrôlable, Cappello ne craint pas d'écrire : *Quae omnia aut risum movent, aut pharisaicam ostendunt scrupulositatem, aut saltem minus congruunt sapientissimo legislatori. De pœnitentia*, n. 490.

susceptible d'être interprété par tous ceux qui en auront connaissance, comme un signe de « pouvoir » habituel ou délégué chez celui qui accomplit l'acte ministériel.

Malgré des réticences et des réserves, cette manière de voir est en passe de devenir commune chez les commentateurs du canon 209. Elle suppose, comme on le voit, une évolution notable de la notion d'erreur *commune*. Cette notion a-t-elle fini d'évoluer ? On pourrait en douter, car la récente réponse de la Commission d'interprétation (26 mars 1952) (24) met un accent décisif, nous semble-t-il sur la *finalité* de la suppléance de juridiction. L'erreur commune, ce peut être même l'erreur actuelle d'un tout petit nombre, même d'un seul ; mais cette erreur, en raison du retentissement qu'elle aurait sur le bien de l'ensemble du peuple chrétien jouira des mêmes avantages que si elle atteignait l'ensemble ou la majorité de ses membres.

Le recours aux sources montrera que cette notion n'est pas précisément une nouveauté, mais qu'elle a de solides fondements dans la tradition juridique.

II. SOURCES JURIDIQUES

Cette enquête sommaire ne portera que sur les points qui ont influencé ou soint susceptibles d'influencer l'évolution doctrinale de la suppléance de juridiction, et, par voie de conséquence la notion d'erreur commune.

Leur examen apparaît d'autant plus nécessaire, qu'avant le Code, il n'y eut pas, dans l'Eglise, de texte légal *authentique* pour régler la question de la suppléance de juridiction. Le canon 209 est venu apporter une solution officielle pour rassurer les consciences. Mais auparavant l'Eglise n'avait pas fait connaître sa pensée et sa volonté sur ce point : on vivait donc sur une sorte de tradition ou de coutume établie grâce au silence bienveillant du législateur, et qui, par là même, avait acquis force de loi.

1° *Le droit romain.* — Il nous faut en parler, d'abord parce qu'il est à l'origine de ce « moyen de droit » qu'est la suppléance de la juridiction ; ensuite parce que l'évolution

(24) Réponse qui consacre la position prise par Wilches, dès 1940, dans son ouvrage *De errore communi.*

qu'a subie en ces derniers temps la notion d'erreur commune est *pratiquement* (sans peut-être qu'il y ait une intention formelle) dans le sens des conceptions admises par les juristes de Rome ou de Constantinople.

a) *Dans le droit préjustinien,* la question de la validité des actes accomplis par un sujet juridiquement inhabile ne fut pas ignorée. Varron fait état d'un magistrat dont la création était entachée de nullité; si son élection a été régulière, il reste en charge et le peuple doit lui obéir. Si, plus tard, le vice caché est découvert, le magistrat sera *prié* de démissionner, mais il ne sera pas tenu de quitter sa charge: son élection régulière suffisait à le rendre apte à exercer sa magistrature. Un exemple analogue est donné par Valère Maxime, au sujet de Marcus Perpenna, devenu consul (en 130 av. J.-C.), alors qu'il n'était plus citoyen romain. Le célèbre Clodius (ennemi de Cicéron) n'aurait pas été validement élu au tribunat pour une raison analogue; et pourtant, Caton d'Utique déclarait que ses actes de tribun devaient être considérés comme valides.

Ce que l'on peut déduire de ces exemples (encore qu'aucune formule juridique n'en ait été tirée), c'est que un « fait public » accompli par erreur (par ex. une élection régulière) est susceptible de valider des actes accomplis sans juridiction, et même la collation de la charge elle-même.

b) Mais c'est surtout au *droit justinien* que les juristes du Moyen-Age (civilistes ou canonistes) firent appel pour établir la norme de la suppléance de juridiction.

Il n'y a pas à monter en épingle la formule *Error facit jus* pour en faire la source de cette norme. Telle qu'elle figure dans le contexte du Digeste (l. XXXIII, tit. X, lex 3, § 5) on ne peut en conclure que ceci : pour interpréter un testament (et d'une façon générale tout contrat), il faut s'en tenir à la façon courante de parler, même si cet usage est erroné. Si plus tard les jurisconsultes firent de ces paroles un adage pour exprimer les effets juridiques reconnus à l'erreur commune : *Error communis facit jus,* le texte de Paulus ne fournit que l'élément matériel, la forme verbale.

L'idée de suppléance de juridiction que les glossateurs voulurent y insérer s'appuyait sur d'autres textes du droit justinien.

Le plus célèbre de tous est assurément celui de la loi dite « Barbatius » (25) tirée du Digeste (l. I, tit. XIV, lex 3) et portant le nom d'Ulpien. Tous les juristes y ont fait appel comme à la source principale de cette sorte d'institution qu'a été « l'erreur commune » dans le droit romain et dans le droit canonique. Le fait qui se trouve au départ est bien connu : Un certain Barbatius, esclave fugitif, arrive à Rome et brigue la préture, qu'il obtient. Ulpien se demande s'il fut vraiment préteur et ce que valent les actes qu'il a accomplis. Et il répond que, pour le bien de ceux qui ont eu recours à son office, peut-être en vertu d'une loi ou de je ne sais quel autre droit, à son avis les actes n'ont pas été nuls.

Les conclusions juridiques que l'on peut tirer de ce fait sont les suivantes : 1° Barbatius n'est pas un intrus; il est entré en fonction normalement par l'intervention de l'autorité publique; 2° l'empêchement de « servitude » était un vice caché; il y avait donc erreur et bonne foi chez tous les citoyens qui eurent recours à ses services, mais lui n'était pas de bonne foi : cette disposition ne porta pas atteinte à la validité de ses actes; 3° la charge qu'il accupait était une charge comportant une vraie juridiction; 4° seuls des motifs d' « utilité publique » étaient capables d'expliquer et de justifier la validation de ses actes.

Mais peut-être les auteurs, tant anciens que modernes, ont-ils eu tort de se laisser impressionner trop uniquement par le cas de Barbatius, ce qui a porté certains d'entre eux a trop restreindre le champ d'application de l'erreur commune et de la suppléance de juridiction.

D'autres textes ou « exemples » tirés du droit justinien permettent d'envisager des situations différentes dans lesquelles intervient cette suppléance.

Un des plus importants concerne la sentence rendue par un arbitre considéré comme libre, alors qu'il était esclave; mais au moment de l'arbitrage, tout le monde le croyait libre : sa sentence fut déclarée valide, bien que, dans la suite, il fût de nouveau réduit en servitude (*Cod. Just.*,

(25) Ce *Barbatius* (Barbarius, dans le texte d'Ulpien) *Philippus* n'est pas un nom fictif. Le personnage a réellement existé, bien que nous soyons peu renseignés sur son activité publique.

l. VII, tit. 45, lex 3). Ce cas d'un arbitre « *délégué* par les magistrats » pour rendre une sentence probablement *unique* est extrêmement suggestif et ouvre de vastes perspectives sur l'extension de la suppléance de juridiction. Il reste cependant que l'arbitre exerçait une fonction « publique », comportant l'exercice d'une véritable juridiction.

Mais voici deux affaires de caractère véritablement « privé » : il s'agit, dans l'un et l'autre cas, d'un testament fait en présence de témoins dont l'un au moins était esclave, encore que réputé libre. Le testament devait être considéré comme valide (*Cod.*, l. VI, tit. 23, lex 1; *Instit.*, l. II, tit. X, § 7). On peut en conclure que l'utilité « publique » de la suppléance ne sera faite que de la somme de toutes les utilités « privées » qui pourront exister. De plus, il n'est point question, dans les deux exemples cités, de l'exercice d'une juridiction au sens strict, mais seulement d'un rôle de « témoin apte et autorisé », dont la présence est requise pour la validité de l'acte.

Ajoutons encore le cas, de caractère encore plus « privé », du citoyen considéré communément comme « père de famille », alors qu'il ne l'était pas, et qui se comportait comme tel dans ses actes juridiques privés (contrats, exercice de ses droits, etc...). Cfr. *Digeste*, l. XIV, tit. VI, lex 3. Ces actes seront valables, sauf le cas d'une ignorance de droit. Même solution fut donnée (*Dig.*, l. XIV, tit. VI, lex 1) à propos du mineur auquel un créancier prêta de l'argent, croyant avoir affaire à un père de famille : le contrat de prêt est déclaré valable.

Dans toutes ces affaires,, de caractère strictement privé, le « bien commun » ne peut être intéressé que d'une façon indirecte et seulement en ce sens que la « *publica utilitas* » sera faite de la somme de toutes les « utilités particulières » qui pourront se rencontrer dans des cas analogues. La chose mérite d'être souligné, car elle peut être lourde de conséquences juridiques.

2° *Le droit de l'Eglise.* — On sait à quel point il fut influencé par le droit romain, dont il adopta beaucoup de lois ou d'institutions et qu'il considéra longtemps comme « source supplétoire » de sa propre législation. Il ne semble pas toutefois que la question de la suppléance de la

juridiction pour erreur commune ait trouvé place dans des textes canoniques avant le XII[e] siècle.

Les nombreux cas d'usurpation de fonctions ou d'invasion de charges, que l'on rencontre dans les premiers siècles, eurent souvent pour conséquence la déception du peuple qui, de bonne foi, croyait avoir des pasteurs légitimes. Mais ces questions, — tout comme plus tard celle des prélats ordonnés simoniaquement —, se réglaient le plus souvent par un appel au principe de « possession » pacifique de la charge, une sorte de « prescription » analogue à celle que l'on trouve statuée dans le Code au canon 1446. On ne voit pas que la considération de « l'erreur du peuple » soit entrée explicitement en compte pour valider soit l'office obtenu frauduleusement soit du moins les actes du prélat. Pour la simonie, en particulier, la question de la bonne foi du sujet, lors de son ordination par un simoniaque (donc en définitive de son « ignorance »), fut particulièrement considérée (plutôt que l'erreur du peuple), pour décider de la validité de l'ordination reçue.

Le premier texte que l'on puisse citer en faveur de l'erreur commune (encore qu'il n'ait pas de caractère officiel ni légal) est un *dictum* de Gratien, manifestement inspiré du droit romain (*Dig.*, l. V, tit. I, lex 12, § 2; *Cod. Just.*, l. VII, tit. 45, lex 2), dont le passage capital est ainsi conçu: *Verumtamen, si servus, dum putaretur liber, ex delegatione sententiam dixit, quamvis postea in servitutem depulsus sit, sententia ab eo dicta rei judicatae firmitatem habet.* Il semble bien que la servitude, que Gratien énumère parmi les « empêchements » à l'exercice de la juridiction, ait été considérée comme une incapacité; c'est d'ailleurs ainsi que l'entendait le droit romain. L'erreur commune sur ce point valide *même un acte isolé,* accompli *ex delegatione.*

On sait le succès qu'obtint le Décret de Gratien, bien que n'ayant jamais eu officiellement force légale. Les textes qu'il contient eurent une influence énorme sur l'évolution de la discipline et ils furent commentés à l'égal des lois authen-

(26) Qu'on ne s'étonne pas de nous voir traiter du pouvoir d'ordre dans une question qui s'applique spécifiquement à la juridiction. Jusqu'au XII[e] siècle, ces deux pouvoirs ne se distinguaient guère dans le droit comme dans les faits.

tiques. Parmi les décrétistes, Huguccio, expliquant le « *dum putaretur liber* » du « dictum » cité, souligne la puissance de l'opinion publique, même si elle est erronée, de telle sorte que *plus valet quod est in opinione quam quod in veritate.* C'était proclamer ouvertement la valeur juridique de l'erreur commune.

Une autre source doctrinale de l'erreur commune est une décrétale d'Innocent III (1198-1215). Le pape annule l'élection d'un gardien, confirmée par une sentence portée par des juges délégués, dont l'un était *publiquement* excommunié. (*Décretales Greg.* IX, l. II, tit. 27, c. 24). C'était déclarer *implicitement* que la sentence aurait été valide si l'excommunication avait été *occulte,* donc ignorée de l'intéressé et de l'ensemble du peuple chrétien. Ce n'est qu'une conclusion *indirecte;* mais elle est intéressante pour un double motif: elle montre l'union intime qui existe entre l'ignorance et l'erreur; elle laisse entendre que la suppléance de juridiction est possible même s'il s'agit d'un excommunié, pourvu qu'il soit considéré comme exempt de censure. C'était en effet une question fort débattue depuis le temps d'Alexandre II (1061-1075), de savoir si un prélat excommunié pouvait validement porter une sentence d'excommunication contre quelqu'un. La réponse d'Alexandre II était négative (*Grat.*, cause XXIV, q. I, c. 4); mais le pape ne faisait pas de distinction entre un prélat publiquement excommunié et celui dont la peine était occulte.

Les glossateurs des Decrétales ne manquèrent pas de faire la distinction et donnèrent des avis divergents. La plupart des docteurs (sauf Innocent IV, dans son *Apparatus in libros decretalium,* l. V, tit. 39, c. 34) penchent pour l'invalidité de la sentence prélatice, même si l'excommunication est occulte. Mais l'opinion contraire prévaut à partir de Thomas Sanchez († 1610), sauf s'il s'agit d'un excommunié *vitandus*; la sentence des autres excommuniés est illicite, mais elle est valide, encore que l'on puisse soulever contre elle une exception judiciaire.

Cette doctrine préparait la voie à la discipline que le Code a consacrée dans ses canons 2264 et 1628.

(*à suivre*) A. BRIDE.

LES POSSIBILITÉS BIOLOGIQUES ACTUELLES DANS LES RECHERCHES DE FILIATION

ETUDE MEDICO-LEGALE.

> ... « Peut-être même n'est-il pas trop téméraire de penser que la vieille maxime juridique pourra être un jour parodiée en ces termes :
>
> Is est pater quem *sanguis* demonstrat ».
>
> (Prof. SIMONIN) (1)

Les progrès étonnants accomplis par la médecine et les sciences biologiques depuis soixante-quinze ans ont amené le médecin à dépasser largement son rôle traditionnel de thérapeute. La « socialisation de la maladie », selon l'expression hardie du P. Tiberghien (2) a fait entrer la médecine dans le conflit individu - société, qui est une des caractéristiques de notre époque. Le médecin devient le rouage indispensable, en même temps que l'arbitre, d'organismes collectifs tout-puissants : Sécurité Sociale en France, National Health Service en Angleterre, etc. Si le droit à la santé est un impératif si fort dans la société moderne, c'est que tout le monde sait que la médecine est devenue réellement efficace : le Français du XXe siècle vit trente ans de plus, en moyenne, que son ancêtre du XVIIIe !

(1) Précis de Médecine Légale Judiciaire, Maloine éd., Paris 1947.
(2) Médecine et Morale, Desclée & Cie éd., Tournai 1952.

Une branche très spécialisée des sciences médicales, la médecine légale, s'est, elle aussi, complètement renouvelée depuis peu de temps et son apport à la Justice est devenu bien souvent déterminant, et quelquefois capital.

Un des problèmes les plus intéressants dans lesquels elle s'est imposée peu à peu malgré les réticences de la Juridiction civile, surtout en France, est celui des procès en filiation. Les intérêts en jeu dans de telles affaires sont considérables, qu'ils soient moraux ou matériels, et en premier lieu pour l'enfant dont l'avenir dépendra de la sentence du Tribunal.

On sait la triste condition faite aux enfants naturels, irresponsables de leur naissance; et même de nos jours, bien que leur sort se soit amélioré, il est très désirable que leur père puisse être retrouvé avec certitude.

Sous l'Ancien Régime, le bâtard était mis au ban de la société, et son existence était à la charge des paroisses. Pour se libérer de ces frais, on cherchait à les faire supporter par un père présumé, « l'enfant doit être nourri par celui qui l'a fait », en l'occurrence celui que désignait sous serment la fille mère : « Creditor virgini dicenti se ab aliquo cognitam et ex eo praegnantem est, meretrici non item » (3). Le père soupçonné, quand il n'était pas de « bonne naissance », était souvent emprisonné et on lui extorquait son aveu par tous les moyens. Cette recherche de paternité était assurément précaire et l'opinion à la veille de la Révolution Française protestait bien plus contre ces facilités accordées aux filles mères pour désigner leur séducteur, que contre la déchéance sociale des bâtards. L'esprit égalitaire eut quand même momentanément le dessus avec la loi du 12 Brumaire An II, qui conféra les mêmes droits aux enfants naturels qu'aux enfants légitimes, à condition toutefois que la preuve de leur filiation ait un caractère de certitude. Dans les cas (les plus nombreux) où cette preuve ne pouvait être apportée, on aboutit à ce paradoxe de plonger les bâtards dans une situation matérielle pire que sous l'Ancien Régime.

Le Code Napoléon (1804) l'aggrava encore plus en stipulant (article 340) que la « recherche de la paternité est inter-

(3) Président Favre, « codex definitiorum ». XVIe siècle.

dite ». Des juristes ont expliqué cette rigueur par le souci d'assurer au maximum la stabilité familiale, élément essentiel au point de vue social mais aussi économique : tout ce qui était susceptible d'apporter une modification irrégulière à la dévolution normale des patrimoines était considéré comme une atteinte à l'ordre public. Le principe suivant lequel « l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari » (Art. 312, Code Civ.) n'était écarté que s'il pouvait être démontré que pendant la période légale de la conception, le mari était dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme, et la seule exception à la recherche de la paternité était le cas d'enlèvement lorsque la période de l'enlèvement se rapportait à celle de la conception. En somme, les rédacteurs du Code Civil avaient préféré sacrifier les intérêts de l'enfant à leur conception de l'ordre social qu'ils estimaient devoir être troublé par des actions en désaveu ou en recherche de paternité.

Il fallut attendre la loi du 16 novembre 1912 modifiant « l'article inique » 340 du Code, pour voir admise la possibilité de la *recherche judiciaire de la paternité hors mariage*, l'action devant les tribunaux n'étant toutefois recevable que dans les cinq circonstances limitatives suivantes :

1) enlèvement ou viol de la mère pendant la période légale de la conception;

2) séduction frauduleuse par abus d'autorité ou promesse de mariage, s'il existe un commencement de preuve de la paternité par écrit;

3) aveu écrit et non équivoque du père;

4) état de concubinage notoire pendant la période légale de la conception (4);

5) participation du prétendu père à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

C'est l'enfant représenté par la mère qui doit administrer la preuve.

Par ailleurs, le père présumé peut se défendre par des fins de non recevoir que la loi met à sa disposition dans les cas suivants :

(4) Trois centième au cent quatre-vingtième jour avant la naissance.

1) l'inconduite notoire de la mère pendant la période légale de la conception ou son commerce charnel avec un autre individu;

2) l'impossibilité physique pour le père prétendu d'être le père de l'enfant par suite de l'éloignement ou par l'effet de quelque accident;

3) quand l'action de la mère tendrait à faire établir une filiation adultérine ou incestueuse.

4) si l'enfant a été reconnu par un tiers sans protestation de la part de la mère;

5) si le délai de 2 ans prévu par la loi pour intenter l'action en recherche de paternité est expiré.

Quant à l'action en *désaveu de paternité* intentée par le mari (art. 312-313 C. Civ.), elle ne peut être motivée que lorsque la naissance de l'enfant lui a été cachée par la mère, ou par l'impossibilité physique de cohabitation pendant la période de conception. L'adultère ne peut être invoqué, sauf au cours des instances en divorce.

Voilà où en était la question au point de vue juridique, en France, quand se produisirent de remarquables découvertes dans deux disciplines biologiques : la sérologie et la génétique, qui apportèrent dans ces problèmes délicats des possibilités de preuve insoupçonnées. Nous essayerons maintenant d'en brosser le tableau sans trop d'aridité, d'en montrer les résultats convaincants et les perspectives d'avenir toujours plus prometteuses dans leur contribution à l'œuvre juridique.

***

Du point de vue médico-légal, l'expertise biologique en vue de la recherche de la paternité se présente comme un problème d'imputabilité, c'est-à-dire une relation de cause à effet (Simonin); l'expertise peut porter sur la cause : le père présumé, sur l'effet : l'enfant naturel, ou sur le lien, c'est-à-dire la filiation.

La filiation est biologiquement impossible

1) en cas d'impuissance du père présumé pendant la période de la conception; mais ce genre d'expertise n'apporte pas en général de résultats concluants;

2) lorsque les *caractères héréditaires du père présumé ne s'accordent pas avec ceux de l'enfant, compte tenu des caractères héréditaires maternels.*

On admet actuellement que la transmission des caractères héréditaires, qu'étudie la génétique, s'effectue par des particules élémentaires appelées gènes représentés dans les cellules sexuelles (ovules ou spermatozoïdes). Ces gènes, au nombre de plusieurs milliers (5), seraient localisés dans des bâtonnets en forme de V qui apparaissent dans le noyau de la cellule en voie de division, et qu'on a appelé chromosomes. Le nombre de chromosomes est fixe dans chaque espèce animale.

Chez l'Homme on compte dans chaque cellule du corps 48 chromosomes, qui représentent donc le patrimoine héréditaire de l'individu. Sur ces 48 chromosomes, 24 proviennent du spermatozoïde, donc du père, et 24 de l'ovule, donc de la mère. En effet, les cellules sexuelles en mûrissant ont subi la « réduction chromatique », c'est-à-dire que le nombre de leurs chromosomes a diminué de moitié. Au moment de la fécondation de l'ovule par le spermatozoïde il se produit dans l'œuf fécondé une reconstitution du stock complet de chromosomes, soit 48. L'enfant est donc la demi-somme de ses parents. La réduction chromatique affectant de façon variable le chromosome, on comprend que les gènes portés par celui-ci soient transmis également de façon variable, ce qui explique la diversité des enfants de mêmes parents.

Un caractère héréditaire peut être sous le contrôle d'un seul couple de gènes (monomérie) ou de plusieurs couples de gènes (polymérie).

Or, on s'est aperçu que les particularités les plus apparentes, anatomiques ou morphologiques (couleur des yeux, des cheveux, forme du nez, du crâne, etc.) étaient polymériques, portées par plusieurs couples de gènes différents. Il en résulte une grande complexité dans leur étude. C'est la raison pour laquelle seuls les Allemands, qui avaient poussé fort loin l'étude des caractères raciaux, ont essayé d'appliquer la méthode d'analyse morphologique comparative

(5) Leur taille, hypothétique, est évaluée par certains auteurs à cinquante millionièmes de mm., analogue à celle des molécules protéiques.

du père présumé et de l'enfant dans les recherches de paternité. Les résultats ont été en général très douteux, à moins qu'intervienne dans la filiation un caractère pathologique rare (tare héréditaire). Par contre, l'étude de l'hérédité des groupes sanguins a été très fructueuse dans cet ordre d'idées, et a permis d'apporter des conclusions toujours identiques et certaines.

***

La découverte des *groupes sanguins* a été faite par Landsteiner en 1900. Cet auteur, mettant en présence les globules rouges d'un individu avec le sérum d'un autre, constata une agglutination des globules, visible à l'œil nu. Il rapprocha ce fait d'un phénomène plus général mis en évidence par Jules Bordet, à savoir que tout corps étranger introduit en dehors du tube digestif dans un organisme animal, y est rapidement détruit par les défenses de cet organisme. Les corps étrangers qui provoquaient cette défense furent nommés antigènes, et les moyens de défense de l'organisme, des anticorps. Landsteiner appela antigène ou agglutinogène A le facteur contenu dans les globules et agglutinine anti A l'anticorps antagoniste qui se trouvait dans le plasma.

Bientôt il s'aperçut qu'il y avait une autre espèce de substance agglutinable dans les globules d'autres individus et il la nomma B; en dénommant anti B l'agglutinine correspondante.

Enfin, il remarqua que certains sujets contenaient dans leur sang les deux facteurs agglutinogènes, soit A et B ou AB, tandis que d'autres n'avaient aucun agglutinogène, ni A, ni B, soit 0 (zéro).

Entre les agglutinogènes A et B et les agglutinines anti A et anti B on ne peut avoir que 4 combinaisons physiologiques, c'est-à-dire compatibles avec la vie. Il est en effet impossible que coexistent chez le même individu la propriété A, par exemple, avec une agglutinine anti A, car l'union de ces deux substances dans les vaisseaux déclencherait le phénomène de l'agglutination, l'obstruction des vaisseaux et la mort.

Ceci posé, il est facile de comprendre que les 4 groupes sanguins d'agglutination sont et ne peuvent être que les suivants :

Groupe A : agglutinogène A (globules) ; agglutinine anti B (sérum) ;

Groupe B : agglutinogène B (globules) ; agglutinine anti A (sérum) ;

Groupe AB : agglutinogène A et B (globules) ; agglutinine : aucune ;

Groupe O : agglutinogène ni A ni B (globules) ; agglutinine anti A et anti B.

Cette découverte des 4 groupes sanguins de base a été capitale, car elle a permis la thérapeutique merveilleuse de la transfusion sanguine qu'on ne pouvait pratiquer auparavant sans risquer des accidents mortels par incompatibilité entre le sang du donneur et celui du receveur. Nous n'en dirons pas plus sur cette question de la transfusion qui sort de notre étude présente.

Par contre. nous insisterons sur l'*hérédité* des groupes sanguins · Elle n'est qu'une application des lois héréditaires classiques de MENDEL : chaque agglutinogène n'est conditionné que par un seul gène (monomérie). Quand ce gène s'unit à un gène identique de l'autre parent, le produit est dit homozygote ou pur : par exemple deux groupes A. Lorsque deux gènes différents s'unissent, le produit est dit hétérozygote ou hybride. Par exemple, le produit A B. L'ensemble des gènes forme le *génotype* de l'individu.

Mais tous les gènes, bien que présents, ne se manifestent pas toujours par un caractère décelable par les techniques d'examen actuelles. En effet, certains gènes ont la propriété de supplanter apparemment les autres : ce sont les gènes *dominants;* les gènes dominés sont dits *récessifs*. Donc dans le cas d'hybride, au-dessous du caractère apparent d'un sujet appelé son *phénotype* il y a sa constitution réelle, intime, le *génotype*.

Les gènes classiques en ce qui concerne les groupes sanguins sont au nombre de 3 : A, B, et O. A et B sont dominants par rapport à O qui est récessif. Le groupe sanguin

vrai de l'enfant, ou génotype, répond à l'union de 2 gènes : l'un d'origine paternelle, l'autre d'origine maternelle. Par la combinaison deux à deux des trois propriétés agglutinogènes fondamentales A, B, O on obtient 6 génotypes différents : 3 homozygotes A A, B B, O O et trois hétérozygotes A B, A O, B O. Chez les hybrides A O et B O, le facteur O est dominé par A ou B et ne peut être mis en évidence biologiquement. Il n'y aura donc plus que *4 phénotypes différents : A, B, A B, O,* qui correspondent aux 4 groupes sanguins de base. Nous en arrivons maintenant à la loi fondamentale suivante :

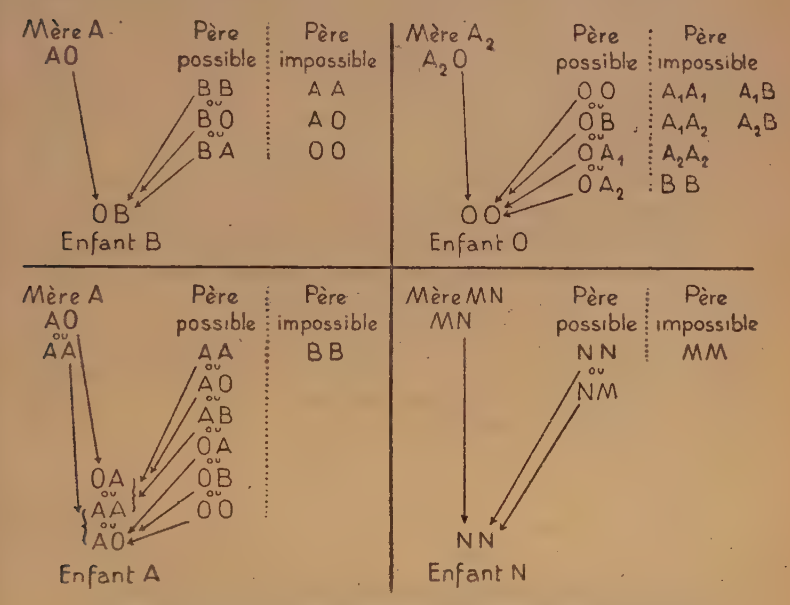
Loi de Von Dungern et Hirszfeld : « *aucun agglutinogène ne peut apparaître chez l'enfant, s'il n'est pas présent chez le père ou chez la mère* ». Ce qui entraîne la conséquence nécessaire et évidente que « *un agglutinogène présent chez l'enfant, mais non chez la mère, provient nécessairement du père ; si cet agglutinogène est absent chez le père présumé le lien de filiation n'existe pas et la paternité peut être exclue formellement* ». Ces règles ne souffrent pas d'exception, et des dizaines de milliers de groupages les ont confirmées :

Exemple : (FOURCADE) (6). En mars 1945, dans un village d'Alsace nouvellement libéré, une jeune femme mariée est assaillie par deux militaires nord-africains de passage et violée par l'un d'eux. Accablée de sa mésaventure, elle ne la confie à personne; toutefois devenue enceinte et sur le point d'accoucher, craignant que son enfant ne présente quelque caractère inhabituel sous nos climats, elle fait part de ses scrupules à son mari. Toutefois à la naissance de l'enfant, rien ne parut anormal dans son aspect physique, et il fut déclaré légitime à l'état civil. Le mari, que préoccupait la réalité de cette paternité, fait procéder à l'identification des trois groupes sanguins. Le résultat en fut le suivant : le mari était du groupe 0 (agglutinines anti A, anti B), la femme du groupe O également et l'enfant du groupe B (agglutinines anti A). Le mari n'était pas le père de l'enfant puisque l'agglutinogène B présent chez ce dernier n'existait ni chez le père (phénotype O, génotype O O) ni chez la mère (phénotype O, génotype O O). Il fallait donc que l'enfant (phénotype B, génotype B O) ait reçu son caractère B d'un autre homme que son père, soit en l'occurrence du violateur.

Nous avons cru bon de reproduire ci-contre quelques schémas de filiation démonstratifs empruntés au Professeur SIMONIN. Le lecteur pourra mieux comprendre en les étudiant

(6) J. FOURCADE, A propos de l'action en désaveu de paternité, Ann. de Méd. Légale. 1946, *26*, 290.

que si la méthode de recherche et de confrontation des groupes sanguins phénotypes permet d'*exclure* un certain nombre de filiations, par contre elle ne peut pas *affirmer une filiation déterminée.* Un même phénotype peut appartenir à tout un groupe d'individus : un enfant B né d'une mère A (1er schéma), qui a hérité de celle-ci le caractère latent récessif O *ne peut pas* avoir pour père des sujets A ou O, *mais peut avoir pour père tout homme* B ou A B.



Comme il n'y a dans ce problème de l'hérédité des groupes sanguins, en dehors du cas simple de l'exclusion, que des « possibilités », les auteurs se sont attachés à calculer ces probabilités, en partant des statistiques de répartition des groupes sanguins dans une population donnée. Etant donné leur caractère invariable et les règles de leur transmission à la descendance, on conçoit en effet que la répartition des groupes puisse constituer un phénomène caractéristique des groupements ethniques. Par exemple pour la France on a trouvé selon les régions de 40 à 45% de sujets A, 9 à 12% de sujets B, 2 à 4 % d'individus A B, 42 à 46 % de O.

A titre de comparaison, ces pourcentages sont les suivants

chez les Esquimaux du Groënland : 13 % de A, 3 % de B, 4 % de A B et 80 % d'individus O.

Les chances théoriques d'exclusion d'un père présumé dépendront donc des groupes de la mère et de l'enfant et de leur pourcentage de fréquence dans le milieu humain considéré. Par exemple, dans notre cas précédent d'une mère A et d'un enfant B, le père ne peut être ni A ni O. En admettant que la fréquence de ces groupes dans la région soit 40% et 42 %, nous dirons que ses chances d'exclusion sont de 40 + 42 = 82 %. Ces chances sont donc assez grandes, et une réponse concluant à la *possibilité* de filiation constituera une charge assez grande pour l'accusé.

Par contre, dans le troisième schéma : mère A, enfant A, le seul père impossible est le sujet du groupe B. La fréquence de ce groupe étant faible : 9 %, les chances d'exclusion sont faibles aussi et un examen concluant à la possibilité de filiation ne chargera pas pratiquement le prévenu.

Le calcul des probabilités a permis d'évaluer à 14 % le taux d'exclusion moyen, si l'on n'utilise que l'étude des groupes de base A, B, O. Ce taux est évidemment faible, mais fort heureusement on a découvert de nombreux autres facteurs héréditaires sanguins que ces seuls groupes de base.

Nous allons en aborder l'étude succincte en nous limitant à ceux dont l'utilisation est actuellement courante dans la pratique des expertises de filiation.

Tout d'abord on a constaté (Von Dungern et Hirszfeld, 1911, Landsteiner et Levine) que dans les types sanguins A et A B il y a des individus dont les globules étaient fortement agglutinables par les sérums anti A et d'autres faiblement agglutinables. Le facteur A était ainsi scindé en deux sous-groupes, qu'on a appelés A_1 et A_2. A ces agglutinogènes A_1 et A_2 correspondent deux agglutinines anti A_1 et anti A_2. Au point de vue lois de l'hérédité, A_1 est dominant sur A_2 qui est lui-même dominant sur O. Par ailleurs A_1 et A_2 sont également dominants dans la combinaison A_1 B, A_2 B.

Nous savons déjà que B est aussi dominant par rapport à O. Il en résulte par exemple (2[e] schéma) qu'un enfant de phénotype O et de mère A_2 peut avoir pour père un homme O, ou B, ou A_1 ou A_2. Il ne pourra avoir pour père un sujet A_1 B ou A_2 B.

A côté de ces sous-groupes A_1 et A_2 de découverte déjà ancienne, les sérologistes ont découvert un certain nombre d'autres facteurs. Pour les mettre en évidence ils utilisèrent une voie *indirecte* (la méthode initiale de Landsteiner que nous avons décrite plus haut étant *directe*). Ce procédé indirect consiste en l'immunisation d'animaux : lapins, cobayes, chèvres, par des globules rouges humains. Les animaux injectés de globules humains, développaient dans leur sérum des propriétés agglutinantes dirigées *contre* ces globules et en outre contre *certaines variétés* de globules humains seulement. Par une élimination préalable de l'agglutinine anti-humaine, on parvient à conserver des anticorps agglutinants vis-à-vis de telle ou telle espèce de globule rouge et par là à déceler de nouveaux groupes sanguins dits « groupes d'hémo-agglutination », ainsi dénommés parce que jamais on ne trouve dans le sang humain d'agglutinines normales correspondant aux antigènes agglutinables réellement localisés cependant sur ces globules. En somme, c'est par le détour de l'animal vacciné que l'on parvient à découvrir ces nouveaux groupes sanguins (Moureau) (7).

Parmi ces « hémo-agglutinogènes » nouveaux, le *système* MN (découvert en 1927) est classiquement recherché dans les expertises et accroît considérablement les atouts du médecin légiste dans sa recherche d'une plus grande spécification du sang :

On a constaté que chaque individu de race humaine portait nécessairement sur ses hématies soit l'antigène M, soit l'antigène N, soit les deux antigènes *ensemble* M N. Normalement il n'existe, et c'est la différence fondamentale avec les groupes de base A B O, dotés de puissantes agglutinines spécifiques naturelles, aucune agglutinine naturelle anti M ou anti N dans le sérum humain. Pour obtenir ces agglutinines on a donc immunisé un animal, en l'occurrence le lapin, auquel on fait un certain nombre d'injections de globules humains O M ou O N, en vue de faire apparaître chez lui les anticorps désirés.

Après le prélèvement du sang du lapin ainsi préparé, il faut enlever du sérum toutes les agglutinines qui ne sont pas

(7) P. MOUREAU, La transfusion sanguine et les groupes sanguins. Liège, 1952.

anti M ou anti N. On appelle cette technique, sur laquelle on ne peut donner de détails ici, « l'absorption ».

Nonobstant cette préparation délicate des «sérums-tests», le groupage est aussi facile à réaliser que dans le système A B O, en faisant mettre simplement en contact sur une plaque d'opaline une goutte de sérum-test contenant l'anti-corps, une goutte de globules à tester et en regardant si l'agglutination se produit.

L'hérédité dans ce système M N est très simple : M et N sont deux caractères mendéliens dominants au même degré. Les génotypes en seront donc M M, N N et M N ; les phénotypes correspondants M, N et M N. La transmission de ce groupe se fait absolument indépendamment de celle des autres groupes, mais toujours selon les lois habituelles .

C'est-à-dire que si un enfant possède l'un des facteurs M ou N, ce facteur doit être présent chez l'un des parents. Par exemple, on voit sur le schéma 4, que si un enfant est N (génotype N N) et la mère M N (génotype M N), le père ne peut pas être un M (génotype M M), car il aurait transmis ce caractère à l'enfant.

Quant à la répartition des groupes M, N et M N, elle est assez peu variable en Europe. La fréquence de M est de 30%, celle de N de 20 % et celle de M N de 50 %.

Le pourcentage théorique d'exclusions possible sur 100 individus pris au hasard se monte alors, en utilisant A, B, O, A_1 A_2, M-N, à 40 %, ce qui double les chances d'un homme de prouver qu'il n'est pas le père d'un enfant dont on veut à tort lui faire endosser la paternité.

Ces chances d'exclusion vont être encore accrues par l'utilisation en médecine légale de deux découvertes sérologiques : celle des *propriétés sécrétrices de la salive*, et surtout celle du *facteur Rhésus*.

Schiff et Sasaki, en 1932, ont constaté que les substances A, B, O sont des propriétés caractéristiques de l'individu, qui n'existent pas seulement dans les globules rouges, mais sont répandues dans tout l'organisme. Ils ont pu les mettre en évidence particulièrement dans certains organes (estomac, pancréas) et surtout dans certaines sécrétions, notamment la salive. Or, chez certains individus la salive contient les agglutinogènes et chez d'autres elle ne les contient pas. Cette pro-

priété qu'a la salive de sécréter ou de ne pas sécréter les agglutinogènes est héréditaire. On a nommé «sécréteurs (S)» les sujets du premier groupe et « non sécréteurs » (s) ceux du deuxième. La propriété sécrétrice S est un caractère dominant; chez un hybride Ss la propriété s récessive sera donc masquée. Il existe donc trois génotypes SS, Ss (phénotype S) et ss (phénotype s). Dans le cas où la mère est s et l'enfant S, un père s est impossible.

Le *facteur Rhésus* (en abréviation Rh) a pris depuis 1940 un tel essor qu'il a surpassé en intérêt théorique, clinique et thérapeutique tous les autres groupes sanguins connus jusqu'alors (Moureau) (8).

On doit sa découverte à Landsteiner, Wiener et Moureau. Ces auteurs, cherchant de nouvelles hémoagglutinations spécifiques ont injecté à des lapins les globules rouges d'un singe de l'espèce Macacus Rhesus. Ils obtenaient ainsi des agglutinines « anti Rhésus » dans le sérum du lapin. Or, ils constatèrent par la suite à leur grande surprise que ces sérums tests anti Rhésus agglutinaient également les globules rouges de 85 % des hommes de race blanche. Ce groupe d'individus fut nommé Rhésus positif (Rh +). Chez 15% l'agglutination ne se faisait pas. Ce nouveau groupe fut pour cette raison appelé Rh négatif (Rh —).

En moins de dix ans, l'étude des groupes Rhésus a fait des progrès sensationnels. Elle a permis d'expliquer en médecine quantité de faits auparavant obscurs et disparates de la pathologie de la grossesse et du nouveau-né, ainsi que des accidents de transfusion qui se produisaient malgré la compatibilité parfaite des groupes de base entre donneur et receveur.

En effet, un des traits essentiels de ce groupe Rh est la production par l'organisme humain, qui n'en a pas naturellement, d'anticorps anti-Rh sous l'influence de stimulations appropriées : transfusions répétées de sang Rh + à un sujet Rh —; grossesses répétées chez une femme Rh — quand le fœtus est Rh +, etc. Ce phénomène a été appelé iso-immunisation. Nous regrettons de ne pouvoir en développer les inci-

(8) Annales de Méd. légale, 1949, *29*, 142.

dences multiples, pour nous occuper seulement de la transmission héréditaire de Rh.

Au début, les auteurs croyaient à l'existence de deux gènes : l'un Rh dominant, conditionnant la présence du facteur Rhésus, et l'autre rh conditionnant son absence.

Les sujets à phénotype Rh + correspondent donc à deux génotypes, l'un homozygote Rh Rh, l'autre hétérozygote Rh rh. Quant aux sujets de phénotypes Rh —, ils sont toujours homozygotes rh rh.

Les recherches les plus récentes (9) ont établi qu'il existait en réalité trois sortes d'agglutinogènes *C, D, E* et trois propriétés négatives *c, d, e,* qui peuvent coexister chez un même individu, indépendamment les uns des autres et sont transmis chacun comme un caractère héréditaire lié à un gène unique (hérédité sans dominance comme celle régissant le système MN). En somme, les sous-groupes du facteur Rhésus sont conditionnés par trois « gènes liés » ou « complexe génique » dans chaque chromosome et se comportent comme un gène unique pour s'accoupler aux trois gènes liés du chromosome de l'autre parent (théorie de Fisher vérifiée par la pratique). Les combinaisons possibles peuvent être très nombreuses. En effet, déjà dans chaque chromosome de la cellule sexuelle (ovule ou spermatozoïde) d'un des parents les gènes peuvent être combinés les uns par rapport aux autres de 8 manières différentes : CDE, CDe, CdE, cDE, Cde, cDe, cdE, cde. Ces 8 combinaisons se rencontrant au hasard deux à deux pourront former théoriquement $8 \times 8 = 64$ descendants dont seulement 36 réellement différents (36 génotypes). Comme il est admis maintenant qu'il n'y a pas de gène du groupe Rh complètement récessif, ces 36 génotypes correspondent à 36 phénotypes, soit 36 groupes sanguins que l'on pourrait mettre sérologiquement en évidence si l'on possédait les 6 sérums anti C, anti D, anti E, anti c, anti d, anti e.

Ces 36 groupes sanguins peuvent donner $36 \times 36 = 1296$ variétés de mariages, dont 666 différents !

Pratiquement l'extrême rareté des anticorps anti d et anti e ne permet aux laboratoires de ne disposer que de

(9) J. Ruffié, Les groupes sanguins chez l'Homme, Masson éd. Paris, 1953.

quatre antisérums : anti D (indispensable pour détecter le facteur D présent chez 85 % des hommes de race blanche et conditionnant la positivité du groupe Rh), anti C, anti c, anti E. En outre, pour la vérification des réactions on se sert d'antisérums doubles anti CD et anti DE. On peut avec ce matériel définir 12 phénotypes sérologiques; chacun de ces phénotypes pourra correspondre avec plusieurs génotypes.

Par exemple, admettons que les globules d'un sujet agglutinent avec les antisérums C, c et D : ce sujet possède donc les facteurs C, c et D. Le même sang n'agglutinant pas avec l'antisérum E ne peut posséder le facteur E : il possède donc le facteur e. Ce phénotype s'écrit CcD..ee.

La fréquence des divers sous-groupes Rh a été bien déterminée : Le facteur D est présent chez 85 % des sujets de race blanche, le facteur d chez 65 % ; le facteur C chez 70 % ; le facteur c chez 80 % ; le facteur E chez 30 % et le facteur e chez 98 %.

Quant aux 36 génotypes, leur fréquence est très différente : 33 % pour CDe/cde, par exemple, et 0,0002 % pour CDE/CDE. On devine comment cette diversité sérologique dont l'écheveau génétique se débrouille actuellement d'une façon absolument sûre pour le spécialiste, a apporté dans les recherches de filiation une précision de plus en plus grande.

Exemples typiques :

— Ex. I (MOUREAU) : dans lequel 4 hommes ont eu des relations avec la mère :

Mère :	A_1, MN, rh —
Enfant :	A_1, M, Rh +
Homme No 1 :	O, MN, rh — (exclu parce que l'enfant est Rh +)
Homme No 2 :	O, N, rh — (exclu à cause de Rh + et de M)
Homme No 3 :	A_1, N, Rh + (exclu à cause de M)
Homme No 4 :	A_1, MN, Rh + (*pas d'exclusion*)

— Ex. II (MOUREAU). Deux hommes ont eu des rapports avec la mère :

Mère :	A, MN, rh —
Enfant :	A, M, Rh +
Homme No 1 :	A, MN, Rh +
Homme No 2 :	A, M, Rh +

Jusque-là, il n'y avait pas d'exclusion et la solution aurait été impossible sans le recours aux sous-groupes Rhésus qui ont donné ceci :

Mère : c, d, e
Enfant : c, D, E
Homme No 1 : C, D, e
Homme No 2 : c, D, E

L'homme No 1 (e) a été exclu, puisque l'enfant avait un caractère E qui n'aurait pu venir de lui, ni de la mère. Par contre c'est l'homme No 2 le vrai père, puisqu'il a transmis son facteur E à l'enfant.

— Ex. III :

Mère : A_2, MN, rh — cc d e, sécréteur (S)
Enfant : A_1, MN, Rh + Cc D e, sécréteur (S)
M. X, *Père présumé :* A_1, M, Rh + CC D e, non sécréteur (s) : *pas d'exclusion.*

Dans ce cas, les chances qu'aurait un homme pris au hasard de pouvoir démontrer biologiquement sa non-paternité s'élèveraient à 78 %. Ce pourcentage important accroît d'autant la possibilité de M. X d'être le véritable père de l'enfant.

On mesurera les progrès accomplis dans ce domaine de la science lorsqu'on comparera ce chiffre 78 % à celui obtenu par le simple groupage A B O (14 %). Un grand pas a été fait vers l'*individualité sérologique* qui est le but final des chercheurs tout au moins dans les applications médico-légales.

***

Après avoir envisagé la question du point de vue scientifique et technique, étudions comment ces données ont été exploitées par les diverses juridictions :

En France, tout d'abord, l'article 340 du Code civil, modifié par la loi du 16 nov. 1912, est toujours en vigueur et la recherche judiciaire de la paternité hors mariage est limitée aux 5 cas bien déterminés que nous avons énumérés dans notre introduction. C'est pourquoi les demandes d'expertises sanguines déposées entre 1935 et 1941 furent souvent rejetées par les Tribunaux (10).

(10) Trib. Civil de la Seine 12 nov. 1935, Dalloz périod. 1936, 2, 41; Trib. Civil de Valence 31 mai 1938, D. Heb. 1938, 574; Cour de Paris 23 janv. 1941, D. A. 1941, 5, 74.

C'est le Tribunal Civil de Nice (11) qui, le premier en France, eut le mérite d'ordonner une expertise sanguine du père prétendu et de l'enfant, la mission donnée aux experts étant uniquement de dire « si de l'examen il résultait nécessairement l'absence de tout lien de filiation entre les parties ». Cette jurisprudence finit par se généraliser (12) et fut confirmée par un arrêt de la Cour de Cassation du 25 juillet 1949 (Gaz. Palais 1949, 2.250) se prononçant pour la première fois en cette matière.

Selon cet arrêt, « la demande d'expertise sanguine ne pouvait pas être rejetée pour le seul motif que la théorie de la preuve par comparaison des groupes sanguins est encore discutée scientifiquement et n'a qu'une valeur provisoire, alors que l'article 340 du Code Civil n'a apporté aucune limitation aux moyens de défense du père prétendu » ; cette offre de preuve devait donc être accueillie « sous réserve d'apprécier ensuite la force probante des résultats de l'expertise ».

Même en ce qui concerne le désaveu de paternité, la jurisprudence admet maintenant (13) que l'expertise sanguine est un « élément d'appréciation relativement à la non-paternité du mari » et doit en conséquence être ordonnée avec le consentement des parties intéressées ou de leurs représentants.

Si la jurisprudence française est actuellement à peu près unanimement favorable à une expertise sanguine, elle est toutefois encore divisée sur le point de savoir si elle peut *obliger* les parties à subir le prélèvement de sang (14) au nom de l'inviolabilité du corps humain et de la liberté individuelle. La Cour de Douai (15) et celle de Pau (12) estiment indispensable le concours volontaire des intéressés. Par contre celle de Montpellier (16) a passé outre à l'opposition d'une

(11) Trib. Civil de Nice 17 nov. 1937, Dalloz hebd. 1938, 79.

(12) Trib. Civil Marseille, 6 mai 1938, D. hebd. 1938, 494; Rennes 31 mai 1939, D. hebd. 1939, 429; Toulon 16 mars 1948, Gaz. Pal. 1948, I, 252; Pau 4 avril 1949, Gaz. Pal. 1949, 2, 40; Cour d'Appel de Rennes 16 janv. 1950, D. 1950, 2. 22.

(13) Cour de Paris 19 nov. 1948, 2. 34.

(14) Très bénin, puisqu'il ne faut que quelques cc. de sang.

(15) Cour de Douai 26 oct. 1948, D. 1949, p. 98.

(16) Cour de Montpellier, 15 déc. 1948, D. 1949, p. 200.

des parties en estimant que « le fait de porter leur demande en justice, les oblige à se prêter à la manifestation de la vérité si du moins elles entendent éviter que leur refus de coopérer à la preuve n'autorise le tribunal à suspecter leur bonne foi ».

Le Ministère de la Justice, ému par ces divergences, envisage actuellement de faire modifier le Code Civil pour faire reconnaître l'analyse des groupes sanguins comme un moyen légal de preuve.

Les pays étrangers nous ont précédés dans cette voie depuis longtemps (17).

En Allemagne où a eu lieu pour la première fois l'application judiciaire de la méthode en 1924, plus de cinq mille procès la mettant en œuvre avaient déjà eu lieu en 1929.

Il faut dire que la loi germanique sur la filiation (18) se prête très bien à la démonstration d'exclusion de la paternité par les groupes sanguins puisqu'elle demande « s'il est manifestement impossible (*offenbar unmöglich*) que le sieur X... ait engendré l'enfant ? ». D'autre part, l'« exceptio plurium concubentium » peut être résolue avec certitude par la recherche et la comparaison des groupes sanguins des individus en cause (cf. les exemples cités plus haut).

Enfin la prise de sang a été déclarée obligatoire : « Toute personne est obligée de tolérer une prise de sang, si elle est nécessaire pour déterminer la descendance par l'examen des groupes sanguins » (19).

Au Danemark, la loi du 7 mai 1937 sur les enfants illégitimes admet explicitement la méthode, et le Code de Procédure Civile autorise le tribunal à exiger l'examen.

(17) Cf. à ce sujet les thèses faites à la Faculté de Médecine de Strasbourg sous la direction du Prof. SIMONIN et notamment : J. MEHL, « La recherche de la paternité en Alsace sous l'occupation allemande », Thèse Méd., Strasbourg 1945; J. MUSSLIN, « La recherche de la paternité en Suisse », Thèse Méd., Strasbourg 1947; A. VONTHRON, « De la recherche de la paternité en Angleterre, condition juridique de l'enfant naturel en droit comparé », Thèse Méd., Strasbourg 1948; G. HAAS, « La recherche de la paternité; valeur de l'expertise biologique ». Thèse Méd. Strasbourg (en préparation).

(18) Contenues pour l'essentiel dans les articles 1708, 1711, 1717, 1591 du Bürg. Gesetz-Buch (BGB) et l'article 25 du « Gesetz für Jugendwohlfahrt ».

19) Paragraphe 372 a de la Zivilprozessordnung (ZPO).

En Suisse, depuis 1907, la législation admet la recherche de la paternité (art. 314 du Z.G.B.), mais c'est seulement en 1934 que le Tribunal Fédéral autorise une exclusion par l'épreuve sanguine. En 1945, dans une affaire de désaveu d'enfant légitime, le père demandeur est exclu formellement au moyen du système ABO et du groupe MN, et le Tribunal Fédéral déclare l'enfant illégitime.

On voit que c'est la législation suisse qui a été le plus loin dans les conséquences juridiques de l'utilisation des groupes sanguins, puisque la nouvelle preuve a été successivement appliquée pour annuler la présomption, pour rejeter l'argument d'inconduite, et enfin même pour le désaveu d'un enfant légitime — légitime aux yeux des Juristes et non à ceux des Biologistes — !



Un mot encore à propos d'un problème moral troublant qui peut se poser aux médecins légistes ou aux biologistes experts des questions sanguines. Il a été fort bien exposé à la Société de Médecine Légale de France par le Prof. Planques de Toulouse et ses collaborateurs (20). C'est celui de « la recherche officieuse de la preuve sanguine aux fins d'édification personnelle des pères présumés ou prétendus ».

Le spécialiste doit-il prêter son concours aux maris dans le doute ou aux amants incrédules ? Il s'expose ainsi à déchaîner par une révélation intempestive et mal accueillie de l'un ou de l'autre des partenaires des bouleversements familiaux ou sentimentaux. Mais aussi il ne peut priver ses clients du «droit sacré à la vérité», ou frustrer l'enfant d'une chance de bonheur si aucune exclusion n'est apparue !

Pour des raisons qu'il serait trop long de développer, une règle de conduite a été proposée par les auteurs cités : c'est, pour l'expert, de ne jamais accepter de faire un groupage « officieux », c'est-à-dire sans demande légale d'un tribunal, hormis les cas de recel de la grossesse ou de la naissance lorsqu'il s'agit de paternité légitime, et hormis le cas de

(20) Planques, Merle et Ruffié, Annales de Méd. légale, 1952, 37, p. 336.

paternité naturelle, — un examen sanguin avec exclusion pouvant couper cours à un chantage.

Toute autre demande d'analyse « à titre privé », celle qui est faite notamment, par un mari simplement « dans le doute », doit être refusée. « Le mariage est à base de confiance et cette confiance ne doit pouvoir être suspectée par l'un des époux qu'en prenant les risques et la responsabilité d'une action judiciaire ».

*
**

Nous ne pourrions mieux conclure cette étude qu'en citant la réponse officielle de l'Académie de Médecine au Garde des Sceaux en ce qui concerne la valeur scientifique de la détermination des groupes sanguins (21) :

« I. — Une analyse de sang correctement faite peut permettre, grâce à la détermination des groupes sanguins, de décider avec certitude qu'un individu n'est pas le père d'un enfant donné. Le pourcentage d'exclusions possibles varie suivant les groupes observés.

II. — Les conditions pour que la preuve soit aussi certaine que possible et que soient écartées les causes d'erreurs, sont les suivantes :

a) Que l'examen porte sur l'examen de la mère, de l'enfant et du père présumé. Dans de rares cas seulement, l'examen de l'enfant et du père présumé peut suffire à établir l'exclusion de la paternité.

b) Que cet examen ne puisse être confié qu'à un technicien de valeur éprouvée.

c) Que ce technicien dispose des sérums-tests nécessaires, strictement contrôlés » (22).

Docteur A.-J. CHAUMONT,
Chargé des fonctions d'agrégé de Médecine légale
à la Faculté de Strasbourg.

(21) Académie de Médecine, Séance du 22 nov. 1949.

(22) Toutes ces conditions sont réalisées dans les Instituts ou Laboratoires de Médecine légale des villes de Faculté qui travaillent en collaboration avec un centre important de Transfusion sanguine pouvant fournir à tout moment, en raison du nombre élevé de leurs donneurs de sang, des sérums tests ou des globules tests vérifiés.

LES CITATIONS DE DROIT ROMAIN DANS L'ŒUVRE DE SAINT THOMAS (1)

UTILISATION DIALECTIQUE DU DROIT ROMAIN

On entre ici dans un domaine où le droit romain est utilisé d'une façon moins extérieure que précédemment. Il n'est plus un simple terme de comparaison, le fondement d'une convenance, mais il devient la pièce d'une démonstration rationnelle. D'ailleurs, la souplesse de ce type d'argumentation permet d'utiliser les éléments les plus variés, pourvu qu'ils contiennent quelque caractère intelligible. Le droit romain connu au Moyen-Age comme la « ratio scripta » ne pouvait manquer d'être utilisé ainsi.

De fait, c'est dans cet emploi que se rencontrent le plus grand nombre de citations que nous avons inventoriées, insérées dans la trame d'un raisonnement, souvent sous la forme de mineure d'un syllogisme.

Si on classe ces textes selon le but de leur emploi, certains apparaissent comme de rapides allusions qui illustrent l'exposé; d'autres sont amenés pour appuyer une difficulté (objectio); d'autres enfin sont franchement utilisés au cours d'une démonstration elle-même d'un article, soit comme preuve directe, soit comme confirmation.

(1) Cf. Revue de Droit canonique, Tome III, n° 2, pages 173-194.

D'ailleurs souvent ces textes sont utilisés plusieurs fois et de façons diverses; d'où l'impression que saint Thomas disposait d'un certain nombre de matériaux juridiques auxquels il faisait jouer tel ou tel rôle, suivant les besoins.

Résumons les principaux exemples de ces diverses utilisations (2).

1° *Recours à des axiomes juridiques*

Ce procédé est le plus courant dans l'argumentation étayée par une citation juridique. Il s'agit d'adages ou de règles du droit qui présentent un caractère d'évidence dispensant l'auteur d'une plus ample justification. On peut ranger ces textes sous l'appellation générique d'axiomes, propositions dont l'autorité est reconnue et admise par tous (3).

a) *Adages juridiques*

C'est dans les matières les plus variées que se rencontrent ces rapides citations; en voici quelques exemples :

L'étude du jeûne eucharistique fournit l'occasion de rappeler l'origine romaine de la coutume chrétienne fixant le début du jour à minuit (4).

Dans l'étude de l'empêchement de mariage par défaut d'âge est citée la loi romaine sur la curatelle des mineurs de 25 ans et est distinguée la capacitée requise pour le mariage et celle qui est exigée pour aliéner ses biens (5).

Certaines règles du droit sur les successions sont invoquées de-ci de-là (6).

Le droit criminel fournit aussi l'occasion de quelques allusions plus ou moins précises; par exemple, la loi « Julia

(2) Pour plus de détails on se reportera à la publication de ce travail sous forme d'ouvrage à paraître prochainement; on y trouvera en particulier toutes les remarques critiques nécessaires ainsi que certains développements qui ne peuvent trouver place dans ces articles.

(3) Sur le rôle des axiomes chez S. Thomas, cf. les pages si pénétrantes de M. D. CHENU, *Introduction à l'étude de S. Thomas d'Aquin*, Paris, Vrin, 1950, p. 158 et suiv.

(4) Sum. Th. III, 80, 8 ad 5, même texte que le Digeste (2, 12, 8) «a media nocte incipit»; les décrétales (X, I, 29, 24) rapportent ce texte de façon moins littérale.

(5) In Sent. IV, 36, 1, 5, obj. 1; cf. Dig. 4, 4, 1 ou 3.

(6) ainsi à propos de l'adoption, In IV Sent. 42, 2, 1 ad 7, cf. Dig. 38, 16; ou bien, In III Sent. 18, 2, obj. 6, cf. Dig. 38, 16, 1, par. 2 ou Novelle 118, ou Dig. 35, 2, 91, etc...

de Adulteriis », citée à propos de l'homicide de l'épouse (7), la législation sur le sacrilège (8). Au sujet de ce dernier, la Somme Théologique cite presque littéralement un texte du Code (9), dont un autre passage est aussi cité dans le même ouvrage avec la même précision, au sujet de l'utilité de discussions publiques avec les infidèles en matière de foi (10).

L'étude des vices du consentement fournit de fréquentes occasions à saint Thomas pour invoquer de semblables autorités. Il en est ainsi, par exemple, de l'édit du préteur accordant la « restitutio in integrum » pour motif de crainte, qui vient appuyer la mineure d'un « sed contra » (11). L'étude de l'ignorance fournit l'occasion d'harmoniser la division qu'en donnent les juristes avec celle d'Aristote (12) ; cette dernière est d'ailleurs délaissée au profit de la première qui revient fréquemment sous la forme de l'adage connu « ignorantia iuris non excusat... ignorantia facti excusat » (13).

(7) In IV Sent. 37, 2, 1, obj. 4 et Sum. Th., I, II, 95, 4; cf. Dig. 48, 5.

(8) Sum. Th. II, II, 99, 4, obj. 1; cf. Dig. 48, 13, 11, Code 1, 3, 10; Gratien cite bien ces deux textes mais avec une erreur dans l'énoncé du titre du Dig. relevée par la glose de Barthélemy de Brescia (Ca. 17, 4, 29, repetundarum).

(9) Sum. Th., II II, 154, 10 ad 2; cf. Code 1, 3, 5; le texte se retrouve dans Gratien, Ca. 36, 2, 3.

(10) Sum. Th. II, II, 10, 7, obj. 2; cf. Code 1, 1, 4.

(11) In IV Sent. 29, 1, 1, sed contra 2; cf. Dig. 4, 2, 9, par. 7. La liste des causes de la crainte est résumée par un vers dont l'auteur est Hostiensis (cf. glose de Jean André sur X, I, 40, 6) ; il est possible que S. Thomas l'ait puisée dans S. Raymond de Pennafort (Summa, 1, 8, 6) ; ces causes sont énumérées dans le Digeste, 4, 2.

(12) In II Sent., 22, 2, 2; dans la Somme Théol. on trouve une expression dans laquelle les deux divisions sont réunies : ignorantia universalium iuris (Sum. Th., II, II, 6, 8).

(13) A propos de la vertu de foi, In III, Sent. 33, 3, 3, obj. 3; de la communion sacrilège, In IV Sent., 9, 3, 2; de la confession générale, In IV Sent. 21, 2, 2; de la consanguinité, id. 41, 1, 5, 2; cf. aussi De Veritate, 17. 3 ad 4 et 17, 4 ad 5. Quodlibet I, 19 et III, 27 ad 2, Sum. Th. II, II, 59, 4 ad 1 et III, 80, 4 ad 5. La Somme Theol. semble préférer à cette division celle en ignorance vincible et ignor. invincible (aspect intérieur et moral). Sur l'histoire de la transmission de cette doctrine cf. D. LOTTIN, *Le problème de l'ignorantia iuris, de Gratien à S. Thomas d'Aq.*, dans Psychologie et Morale aux XIIe *et* XIIIe siècles, Gembloux, Duculot, 1949, Tome III, p. 55-96. Les effets de l'ignorance sont décrits en des expressions équivalentes par S. Thomas et le droit romain (Dig. 22, 6, 9; id. 37, 1, 10, etc...

Enfin conformément au droit romain, l'erreur est soigneusement distinguée de l'ignorance, sous la forme même employée par le Digeste cité explicitement (14).

b) *Les Règles du droit* (Digeste 50, 17)

Saint Thomas utilise volontiers ces règles, attiré vers elles peut-être par leur laconisme et leur style lapidaire; et lorsqu'il le fait, c'est généralement sous forme de rapide allusion (15).

Il en est ainsi par exemple de la règle 106 (libertas inaestimabilis res est) citée implicitement à propos de l'entrée des enfants en religion (16) ou du mariage des serfs (17) à propos duquel est aussi évoquée la règle 132 (libertas omnibus rebus favorabilior est).

L'étude de l'empêchement de vœu amène la citation de la règle 126 sous la forme courante chez les canonistes, intermédiaires principaux de la connaissance du droit romain

(14) In IV Sent. 30, 1, 1, sed contra 1; cf. Dig. 2, 1, 15; dépendance probable vis-à-vis du droit canonique (glose d'Huguccio rapportée par Barth. de Br. Ca. 29, 1, 1, quod autem); S. Thomas a conservé au texte romain sa forme interrogative. Sur le rôle de S. Thomas dans le progrès de cette doctrine, cf. J. DAUVILLIER, *Le mariage dans le droit classique de l'Eglise*, Paris, Rec. Sirey, 1933, p. 94.

(15) Quelquefois l'allusion est même inconsciente; ainsi à la suite de P. Lombard, S. Thomas attribue à S. Jean Chrisostome la règle 30; cf. In IV Sent. 27, 1, 2, 1, sed cont. 1.

(16) Sum. Th., II, II, 189, 6 ad 3.

(17) In IV Sent. 36, 1, 3 ad 1; l'intermédiaire de ces textes peut être le droit canonique, cf. Décrétale, X, II, 27, 26. D'ailleurs pour toute cette question du mariage des serfs et de ses conséquences, S. Thomas est nettement en dépendance du droit canonique, tout en conservant son originalité; un exemple en est fourni par le cas suivant: que doit faire le serf qui, au même moment, est aux prises avec deux obligations contradictoires, d'un côté exécuter un ordre de son maître, de l'autre rendre le devoir conjugal à sa femme qui le lui réclame ? S. Thomas présente la solution d'une façon personnelle, différente de celle des canonistes. Chez ces derniers, les uns donnaient la priorité à l'ordre du maître (sauf s'il y avait eu péril de fornication ou grand préjudice pour la femme du serf), d'autres favorisaient plutôt le devoir conjugal (sauf si son exécution entraînait un grand retard, ou si le maître était dans le besoin personnel). S. Thomas le solutionne ainsi : si le serf s'est marié avec le consentement de son maître, le devoir conjugal a priorité; s'il s'est marié sans ou contre le consentement du maître, celui-ci a priorité (sauf cas de fornication ou dommage sérieux); cf. In. IV Sent. 36, 1, 2 ad 2; dépendance possible envers S. Raymond de Pen. Sum. IV, 4.

chez notre auteur (potior est semper conditio possidentis) (18).

Une majeure d'objection d'un article sur le concubinage semble bien faire allusion à la règle 151 (19).

Enfin l'empêchement de frigidité est étudié à la lumière d'une règle citée en majeure de « sed contra », qui est la 185 (impossibilium nulla obligatio est) (20).

Jusqu'ici il faut avouer que la quantité de ces axiomes utilisés ne compense guère la faible qualité de l'emploi qui en est fait; de fait, ils ne semblent pas avoir eu une grande influence sur la pensée de l'auteur. Toutefois la familiarité et la liberté avec lesquelles il les cite montrent bien qu'il se les était appropriés; devenus éléments (accidentels) de sa doctrine à laquelle ils sont incorporés, ils nous révèlent au moins l'intérêt porté à ces formules.

2° *Recours à une définition juridique*

Par contre, on se trouve quelquefois en face d'une utilisation plus formelle du droit romain, qui a eu une influence plus nette sur la doctrine en fournissant à l'auteur une définition précise dont il tient compte dans le développement de sa pensée. Un exemple typique en est fourni par l'étude du consentement matrimonial vicié par la crainte (21).

En citant plusieurs textes relatifs à la crainte, saint Thomas fait une remarque qui nous éclaire sur l'esprit dans lequel il utilise le droit romain : il parle de la crainte, non en juriste, mais en moraliste; donc lorsqu'il cite des textes de lois, il le fait dans cet esprit : le législateur, dit-il, envisage surtout les actes extérieurs, comme manifestations d'actes internes évidemment; mais quant à lui-même (quantum ad propositum pertinet), il considère seulement le consentement interne. Sans être indépendants, les deux points de vue n'en sont pas moins différents : de l'un on envisage les actes de

(18) In IV Sent., 38, 1, 3, 2 ad 1; cette règle constitue la règle 65 donnée par le Sexte de Boniface VIII.
(19) In IV Sent. 33, 1, 3, 1, obj. 4.
(20) In IV Sent. 34, 1, 2 sed cont. 2; dépendance possible envers les Décrétales, X, IV, 15 (glose de frigidis).
(21) In IV Sent. 29, 1.

l'homme à leur source (intelligence et volonté), de l'autre on se limite à leurs manifestations externes.

Saint Thomas croit cette remarque nécessaire pour légitimer l'assimilation qu'il fait entre la violence et la crainte, car il sait que la loi romaine distingue les deux (22) : la violence n'étant que le fait externe provoquant la crainte, le moraliste les assimile, du moment qu'il ne s'intéresse qu'à leur résultat sur le consentement (23).

La définition elle-même de la crainte fournit un exemple d'opposition dialectique entre deux textes romains, l'un mis en exergue en titre d'un article, l'autre constituant une objection (24) : d'une part, la crainte est définie comme un tremblement de l'esprit; de l'autre, pour la définir on l'oppose au courage d'un homme résolu. L'opposition est résolue par le recours à un texte d'Aristote : la constance que doit ébranler la crainte n'est que relative et limitée.

Saint Thomas fait preuve d'information juridique lorsqu'il précise qu'il y a une crainte qui n'entre pas sous la définition précédente (timor infamiae), et il cite alors avec exactitude une loi romaine, fragment d'Ulpien (25).

(22) In IV Sent. 29, 1, 1; le « Legislator » est ici Dig. 4, 2, 1.

(23) S. Thomas ne semble pas connaître le changement survenu dans la législation, qui dans la suite ne mentionna plus la violence (cf. MONIER, *Manuel élément. de dr. romain*, t. II, p. 66, note 1); néanmoins la raison donnée par S. Thomas pour assimiler les deux choses correspond bien à celle indiquée dans le fragment d'Ulpien. On peut remarquer que S. Thomas n'emploie pas alors le terme « vis », mais celui de « coactio », peut-être pour ne pas contredire le texte qu'il citait; le terme de « coactio » se retrouve dans la glose ordin. de Ca. 20, 3, 1.

De toutes façons S. Thomas connaît la définition spéciale de la violence donnée par le droit romain (cf. In IV Sent. 29. 1. 1. obj. 3 et Dig. 4. 2. 2) et il la cite plus littéralement que ne le fait la glose ordin. de X. I. 40. 4.

(24) In IV Sent. 29, 1, 1 (utrum coactio metus cadat in constantem virum), cf. Dig. 4. 2. 6 ; S. Thomas qui redonne ailleurs ce texte (Sum. Th. II. II. 125. 4. obj. 2) semble bien dépendre du droit canonique qui a l'expression « constantem » (glose ord. Ca. 20. 3. 1 et X. I. 40. 4) alors que le Digeste porte « constantissimo (um) ». Le deuxième texte cité en objection dans le même article (obj. 1) est Dig. 4, 2, 1; il est donné avec exactitude par la glose ord. de X. I. 40. 4 (causa).

(25) In IV Sent. 29. 1. 1. obj. 3 et ad 3. ; cf. Dig. 4. 2. 7. On peut remarquer, outre l'exactitude de la citation, qu'en donnant les premiers mots de l'édit du préteur, S. Thomas le fait correctement cette fois, sans mention de « vi »; cf. note n° 23.

Enfin, l'étude de la fraude dans la vente utilise aussi un texte de droit romain relatif au vice rédhibitoire défini correctement par l'auteur (26).

3° *Recours à un raisonnement juridique*

Il est d'autres cas enfin où l'utilisation du droit romain est bien plus sérieuse; les données juridiques employées le sont alors sous forme d'un véritable raisonnement. On ne peut pas encore parler toutefois d'utilisation doctrinale proprement dite, le droit invoqué ici ne jouant qu'un rôle auxiliaire, comme moyen d'élucider certains problèmes particuliers.

L'exemple le plus important d'un tel emploi (27) se ren-

(26) Quodlibet II. 10 ; cf. Dig. 21. 1. 38. S. Thomas ne distingue pas « vitium » de « morbus » ; cela n'entrait pas dans son sujet qui ne comportait pas pareille précision. Si dans les passages parallèles de la Somme Théol. il n'est plus fait allusion à la loi romaine, néanmoins les articles 2 et 3 de II. II. 77 s'inspirent encore du droit romain, comme l'a remarqué Spicq dans son excellent commentaire de ces passages (La Justice, tome III, Désclée et Cie, Paris, 1934, p. 324). On peut le noter aussi pour ce qui concerne la non obligation de déclarer un vice apparent (Sum. Th. II. II. 77. 3 ; cf. Dig. 21. 1. .14 par. 10).

(27) Il n'y a pas lieu de s'étendre ici sur un autre exemple d'une telle utilisation ; il est peu important. Il s'agit de la condition des enfants de serf : au cas où un des conjoints n'est pas serf, quelle condition doit avoir l'enfant qui naît d'une telle union ? Pour prouver que l'enfant doit suivre la condition de la mère, S. Thomas (In IV Sent. 36. 1. 4. sed contra 1) forme un syllogisme dont la majeure et la mineure sont des propositions juridiques : maj. — les fruits appartiennent au propriétaire du sol (Dig. 41. 1. 9) ; min. — or le sein maternel est comme un sol dans lequel est déposée la semence paternelle ; donc l'enfant devient la propriété du maître, si sa mère est dans la servitude. Or, quoique la question ait été très controversée chez les anciens jurisconsultes romains (voir Castello, *La condizione del concepito da libero e schiava e da libera e schiavo in diritto romano*, Naples, Jovine, 1948), le droit romain spécifiait que la progéniture de la femme esclave ne pouvait pas être assimilée à un fruit (Dig. 5, 3, 27; id. 22. 1. 28, etc) ; toutefois il prescrivait qu'au point de vue de son état, l'enfant suivait le sort de la mère. C'est la doctrine même de S. Thomas qui trouve très déraisonnable que la loi romaine ne soit pas suivie partout, elle qui est le fruit des longues méditations de nombreux sages, précise-t-il en nous montrant par là l'estime qu'il en avait. De fait elle n'était pas suivie en de nombreuses régions soumises au droit germanique qui faisait suivre à l'enfant la condition inférieure, de quelque côté que ce soit. On peut enfin remarquer comment S. Thomas rattache cette doctrine juridique à la thé-

contre dans l'étude de la vie religieuse et la défense de l'état religieux.

Saint Thomas a eu beaucoup à faire pour défendre la nouvelle forme de vie cléricale que constituaient les Ordres Mendiants. Aussi les écrits sur ces questions sont-ils pleins de vie. L'effort du Docteur Angélique a revêtu deux formes : l'une négative, pour réfuter les objections, polémiquer; l'autre positive, pour constituer une doctrine rationnelle sur la nature de la vie religieuse, c'est-à-dire des vœux (28).

a) *Arguments polémiques*

C'est dans un des opuscules consacrés à la défense des nouveaux Ordres (Contra impugnantes Dei cultum et religionem), écrit vers 1256, que nous trouvons de nombreux textes juridiques amenés en objections ou en réponses (72 de droit canonique et 4 de droit romain). Examinons comment saint Thomas utilise les textes romains.

1) Les maîtres de l'Université objectaient que personne ne pouvait les obliger à accepter les nouveaux religieux dans leurs collèges. C'était un des points les plus âprement discutés. L'argument se basait sur un texte de droit reconnaissant pour une société la liberté d'accepter de nouveaux membres (29). Saint Thomas répond à l'objection en distingant les sociétés privées des sociétés publiques; la loi citée, ne s'appliquant qu'aux premières d'après le contexte, ne peut pas être invoquée dans le cas d'une société publique comme l'est un collège d'Université.

2) Les séculiers objectaient aussi qu'un régulier, ayant même la juridiction déléguée par un évêque, ne peut confesser et prêcher dans une paroisse sans le consentement du curé. Cette objection s'appuyait sur un texte de loi qui de-

orie hylémorphique (la mère est l'élément matériel, tout ce qui affecte le corps est transmis par elle, le servage en particulier) ; c'est l'introduction de la méthode scolastique en droit.

(28) Sur cette lutte en général cf. A. FLICHE et Yv. AZAIS, dans *Histoire de l'Eglise*, tome X, Paris, Bloud et G. 1950, p. 466-473 et surtout R. HIRSCHENAUER, *Die Stellung des hl. Thomas v. Aq. im Mendikantenstreit an der Universität Paris*, S. Ottillen, 1934.

(29) Contra Impugnantes 3 ; cf. Dig. 17. 2. 19. Sur l'idée de société chez S. Thomas on trouvera des précisions dans son Commentaire de l'Ethique à Nicomaque 8. 9.

mandait d'interpréter toute faveur accordée par le prince comme ne devant causer aucun tort à autrui (30). Saint Thomas n'a guère de difficulté à montrer que dans le cas présent on ne peut parler de dommage pour le curé, car la charge pastorale n'est pas créée pour le profit personnel du curé, au contraire.

3) La même objection revêtait une autre forme, plus subtile, se basant aussi sur un texte de droit romain cité avec grande précision; elle concluait au caractère exclusif de la juridiction accordée par le Pape aux prêtres paroissiaux; vouloir admettre les religieux à de telles fonctions serait renverser l'institution elle-même. Saint Thomas retourne l'argument en utilisant le même texte : si le Pape donne juridiction aux séculiers, il peut la donner aussi aux réguliers, qui peuvent alors en user librement, tout en se conformant aux règles communes (31).

4) Enfin, un caractère essentiel des nouveaux ordres est visé par une autre objection : leur mendicité. Ici c'est un texte du Code qui est cité, texte assez parlant de lui-même, interdisant la mendicité à toute personne valide (32).

La réponse est un bon commentaire du texte objecté : l'interdiction vise les mendiants valides qui ne sont d'aucune utilité pour l'Etat, et qui en vivant dans l'oisiveté usurpent ce qui devrait revenir aux autres pauvres incapables de gagner leur vie. Ce commentaire laisse soupçonner que saint Thomas a lu le texte romain, assez long, et dont il n'a donné qu'un résumé dans la citation. Ce même texte est redonné avec la même interprétation dans la Somme Théologique à propos de l'étude de la vie religieuse (33).

Si on ne peut pas attribuer à saint Thomas le choix de ces textes objectés, on constate néanmoins son souci de les citer avec précision et de les comprendre dans leur esprit. Par là est manifesté le procédé polémique de l'auteur : ne pas nier ou réfuter directement les textes de droit, mais en

(30) Cette citation est donnée avec sa référence exacte ; il s'agit de Dig. 43. 8. 2. 16.

(31) Contra Impug. 4 ; le texte cité est : Code 3. 28. 35 (si quando...) ; allusion est faite à ce passage dans la glose ord. de X. III. 26. 10 (improbamus).

(32) Contra Impug. 7 ; la citation est : Code 11. 25, voir aussi la Novelle 80. 5.

(33) Sum. Th. II. II. 187. 5. obj. 3.

détourner sur soi le bénéfice, en montrant le caractère conventionnel de leur emploi par les adversaires (34).

b) *La théorie des vœux*

Comme on l'a vu dans la première partie, saint Thomas a utilisé la notion romaine de « status », pour préciser la structure de la vie religieuse, en définissant celle-ci comme un état de vie, une tendance vers la perfection (35).

Cette perfection peut être atteinte par des moyens divers. Quels sont ceux qui doivent caractériser la vie religieuse ? Le religieux devant pratiquer la perfection, qui est pour lui son « état de vie », doit orienter toutes ses activités vers ce but; la perfection n'est pas quelque chose d'accidentel pour lui, elle est sa vie même, son « status ». Le religieux doit donc sacrifier à cet idéal tous ses biens, sa volonté propre; il le fait par les vœux de religion, pauvreté, chasteté, obéissance, qui ne sont alors que l' « exercice systématique de la vie religieuse » (36). On voit par là combien est féconde l'idée de « status ».

Parti de cette idée, saint Thomas veut parvenir à une systématisation qui doit expliquer certains caractères des vœux. En effet, l'Eglise distingue deux sortes de vœux : le simple et le solennel. Ce dernier seul fait le religieux et entraîne deux effets juridiques importants : perte radicale du droit de propriété privée, invalidité d'un mariage subséquent. Comment expliquer alors cette différence entre les deux vœux ? En quoi faire consister la solennité ? Et le tout en fonction de l'état de vie religieuse dont les vœux ne sont que l'exercice. Bref, il fallait relier la théorie aux faits par une synthèse rationnelle.

Saint Thomas a tenté de le faire à deux reprises successives, la première solution ne s'étant pas montré satisfaisante.

1) Le Commentaire des Sentences développe une solution

(34) Certains de ces textes devaient être assez connus ; par exemple celui sur les mendiants valides, cité aussi par S. Bonaventure dans ses Questions disputées : De Perfectione evangelica, 2. 2 ad 13, Ed. Quarachi, tome 5, p. 135.

(35) Cf. Revue de droit canonique, tome III, no 2, p. 185.

(36) LEMONNYER, *La vie humaine* (Commentaire de la Somme Théologique), Paris, Desclée et Cie, 1926, p. 559.

du problème dans une ambiance essentiellement juridique (37).

Le vœu est une promesse; saint Thomas rapporte alors sa définition telle que la donnaient les juristes (votum est alicuius boni cum deliberatione facta promissio). Partant de la notion juridique de l'obligation créée par la promesse, il distingue la simple promesse (c'est le vœu simple) de la promesse avec exécution, avec « traditio » (c'est le vœu solennel) (38).. Le vœu est donc dit solennel quand à la simple promesse est jointe la donation effective de la chose promise; cette donation se réalise dans la profession religieuse et affecte la personne elle-même du moine (corps, volonté) ainsi que ses biens.

On retrouve la même doctrine dans une question quodlibétique discutée peu après le Commentaire des Sentences (39).

Voyons la justification juridique apportée : la simple promesse ne transfère pas la propriété; on peut promettre une chose à quelqu'un, puis la donner à un autre, sans que cette dernière donation soit invalide, abstraction faite du péché d'infidélité.

Il est aisé de reconnaître dans cette simple promesse la « pollicitatio » romaine, « nuda promissio » (40), selon l'expression même de saint Thomas (41), qui ne peut pas fonder une action en justice.

Donc toute la solution consiste dans l'opposition de deux degrés de la promesse : simple promesse — sa réalisation par le don de la chose promise. Ce don est ici soit la réception d'un Ordre sacré, soit la profession solennelle.

Le vœu se développe ainsi en deux temps et a pour caractéristique que Dieu n'intervient pas; « ce transfert de possession n'implique d'ailleurs pas d'intervention de la part de Dieu, c'est une démarche humaine » (42). Tout se situe sur

(37) In IV Sent. 38. 1. 1. 1.
(38) id. 38. 1. 2. 3 (votum autem, cum essentialiter sit promissio, complementum suae virtutis accipit sicut et promissio).
(39) Quodlibet VIII, 10 (premier séjour à Paris); voir aussi le Quodlibet III, 18 (sur le vœu simple).
(40) Dig. 21. 1. 19 par. 2; aussi Dig. 50. 12. 3.
(41) In IV Sent. 38, 1, 1, 1 (promissio autem exterius facta quandoque dicitur nuda . . . et tunc non habet plenam vim obligandi).
(42) I. MENNESSIER, *La Religion* (Commentaire de la Somme Théologique), Paris, Desclée et Cie, 1934, p. 427.

un plan consensuel et unilatéral. De plus, il n'est pas question de formalités extérieures, solennités au sens juridique, telles qu'on les trouvait dans la « sponsio » ou le « votum » romains.

En un mot, le vœu ne dépendait que de l'individu. La théorie était commode; elle expliquait aisément les effets de l'un et de l'autre vœu. Et même, point important, le vœu solennel, n'étant qu'un acte humain de donation, pouvait obtenir dispense, si une cause grave ou l'utilité commune de l'Eglise l'exigeait.

2) La Somme Théologique, écrite, pour ce qui est de la IIa, IIae pars, près de quinze années après le Commentaire des Sentences, présente de ce problème une solution nouvelle située, elle aussi, dans un contexte juridique, quoique bien différent.

Ce n'est pas le lieu ici d'examiner les motifs qui ont déterminé ce changement; ils sont d'ordre avant tout religieux et théologique; en particulier, une prise de conscience plus profonde du rôle de Dieu dans la destination à la vie religieuse. Un texte d'Innocent III, précisant qu'il est impossible de dispenser des vœux solennels, a dû certainement jouer un rôle (43); il est peu probable que saint Thomas l'ait ignoré lors de sa première théorie; en tout cas, il ne l'a utilisé que dans la seconde en prenant fermement position contre la possibilité d'une dispense du vœu solennel (44).

Ici comme précédemment c'est à une notion juridique qu'il est fait appel pour expliquer la nature du vœu solennel. En effet, alors que dans sa première position, saint Thomas

(43) Ce texte se trouve dans : X. III. 32. 6 (fin).

(44) On s'est beaucoup appuyé sur un passage de la question 88, art. 11, pour prétendre que S. Thomas n'aimait pas les juristes. A la fin de cette étude la question sera traitée dans son ensemble à la lumière d'autres passages similaires. Remarquons seulement ici que l'argument donné par S. Thomas pour défendre sa position (Papa non potest facere quod ille qui est professus religionem non sit religiosus) est le même que celui allégué par certains juristes comme Bernard de Bottone (Papa non potest in his dispensare, quoniam abdicatio proprietatis et custodia castitatis sunt de substantia monachatus) dans sa glose sur le texte d'Innocent III cité plus haut. Devant certaines expressions il ne faut d'ailleurs pas oublier la vivacité de la querelle et la mauvaise foi évidente de certains adversaires de S. Thomas qui s'est toujours efforcé de maintenir la priorité du point de vue théologique.

avait surtout envisagé l'aspect volontaire et individuel du problème, ici il insiste bien autrement sur les exigences du « status », de l'état de vie religieux. C'est dans la question 184 de la IIª, IIªᵉ pars (art. 4) que cette idée est développée et devient le point de départ d'une synthèse nouvelle. Elle est prise dans sa signification originelle de « status libertatis et servitutis » ; ainsi, ce n'est pas parce qu'on accomplit des actes de serf ou d'homme libre qu'on devient l'un ou l'autre, mais parce qu'on se trouve dans un état de vie entraînant telles obligations particulières.

Mais quelle est la source de telles obligations ? Et c'est ici qu'intervient la notion juridique de solennité, élément créateur d'obligations. On voit alors le changement de perspective ; ce n'est plus l'exécution d'une promesse qui constitue le vœu solennel comme tel, mais l'aggrégation officielle à l'état de vie nouveau, par une solennité qui crée un lien supérieur à l'arbitraire de l'individu.

Saint Thomas marque bien le caractère juridique de la solennité en recourrant au droit romain sur l'obligation contractuelle (45). On sait en effet qu'en droit romain « le simple accord des volontés ne suffit pas, en principe, à créer un lien, une obligation ; il faut en outre un élément matériel ou formaliste, ou du moins, que la convention entre dans les cadres des contrats consensuels expressément reconnus par le droit civil » (46).

Saint Thomas aime lier cette solennité à une autre notion juridique, celle de « mancipatio » : les solennités, dit-il, ne sont employées que lorsque quelqu'un se consacre totalement à une chose (47). Et c'est bien le cas ici : la profession religieuse consacre totalement le religieux au service divin « ingressus religionis maxime ad Deum pertinet : quia per hoc homo totaliter se mancipat divinis obsequiis ».

Dans cette perspective, c'est Dieu qui prend le rôle principal, par la consécration ou bénédiction spéciale dont il est

(45) De Perfectione ... 16 ; Sum. Th. II. II. 184. 4 (sicut autem in humanis contractibus aliquae solemnitates secundum humana iura adhibentur, ut contractus firmior habeatur).

(46) MONIER, *Manuel...* op. cit. II, p. 32.

(47) Sum. Th. II. II. 88. 7 (solemnitates non consueverunt adhiberi nisi quando aliquis totaliter mancipatur alicui rei).

l'auteur et qui engage définitivement dans la vie nouvelle (48). L'homme consacré n'est plus simplement l'homme engagé dans un état de vie par la donation de lui-même, mais c'est surtout l'homme que Dieu a mis à part, isolé des autres pour son service, grâce à une intervention spéciale dont l'Eglise est l'intermédiaire (49). Il n'est plus au pouvoir des hommes, même du pape, de détruire ce caractère sacré, d'annuler cette mancipation, en un mot de dispenser du vœu solennel (50).

On a l'impression que saint Thomas, saisi par l'importance du rôle de Dieu dans la vie religieuse, ait durci le texte d'Innocent III, l'érigeant en un absolu, le « substantifiant » pourrait-on dire par le recours à des concepts juridiques placés hors de leur ambiance native. Nous rencontrerons dans la suite d'autres exemples de cette tendance. On

(48) Sum. Th. II. II. 88. 7. ad. 1.

(49) C'est la raison pour laquelle seule l'Eglise peut fixer l'âge de la profession solennelle (Sum. Th. II. II. 189. 5 ; c'est celui de la puberté, cf. Dig. 28. 1. 5), alors que le vœu simple peut être émis dès l'âge de raison (même texte).

(50) L'Eglise n'a pas ratifié cette conclusion et a admis dans la suite la possibilité d'une dispense des vœux solennels, cf. décision de Boniface VIII, dans Sexte, 3, 15. Il peut être utile pour comprendre le changement d'opinion de S. Thomas de rappeler la position doctrinale des canonistes antérieurs à lui. Cette doctrine s'est d'ailleurs précisée surtout à propos de l'étude de l'empêchement de mariage par vœu; sur l'histoire de la question cf. ESMEIN-GENESTAL, *Le mariage en droit canonique*, Paris, Rec. Sirey, 1929, p. 305 et suiv., et J. DAUVILLIER, *Le mariage...*, op. cit. p. 172.

P. Lombard et Gratien, dans le but d'expliquer les effets différents des deux sortes de vœux, firent du vœu simple un vœu privé, fait en secret, le vœu solennel étant public (in conspectu Ecclesiae), et dirimant le mariage. Le canoniste Huguccio amorça la solution que développèrent S. Bonaventure et S. Thomas en distingant le vœu actuel (qui rend le mariage invalide) et la simple promesse d'émettre le vœu; en effet, dit-il, que le vœu soit privé ou public (solennel au sens de Gratien), il a le même effet vis-à-vis du mariage. Si on veut justifier une différence d'effets il faut situer les deux sortes de vœux sur un autre plan, celui du temps (de futuro-de praesenti). Cette idée que le vœu simple promesse n'engage pas encore ne se retrouve pas dans les décrétales et leurs gloses; pour elles au contraire, les deux vœux « ab initio sunt aequaliter observanda, et utrunque... quia utrunque in perpetuum obligat »; ou bien « simplex votum apud Deum non minus obligat quam solemne » (glose sur X, IV, 7, 6, apud Deum). Déjà Barthélemy de Br. n'admettait pas trop l'introduction d'un élément temporel pour distinguer les vœux (quidam dicunt illud votum esse simplex quod fit per verba de futuro; glose sur Di., 27, 2, quidam).

peut au moins reconnaître que si la dernière tentative de saint Thomas n'a pas pleinement réussi, elle partait d'une haute idée des conceptions juridiques léguées par le droit romain.

c) *L'entrée en religion du débiteur insolvable*

Bien que cette question ne concerne pas la défense de la vie religieuse, elle lui est trop connexe pour ne pas être examinée ici.

C'est un problème célèbre qui a donné lieu parmi les théologiens et les canonistes à des controverses nombreuses (51). L'examen rapide de la solution donnée par saint Thomas montre de nouveau comment il utilise un argument juridique romain.

La question posée était d'une utilité quotidienne: un débiteur insolvable (au moins dans l'immédiat) peut-il se permettre d'entrer en religion, c'est-à-dire dans un état où il s'enlève toute possibilité de rembourser son créancier ?

Le Commentaire des Sentences avait donné la solution en un texte passé souvent inaperçu (52). On peut le résumer ainsi : c'est l'intention du débiteur qui doit décider de la réponse à donner; celui-ci a-t-il fait vœu de s'engager immédiatement dans la vie religieuse ? Il n'est pas tenu alors d'attendre dans le monde pour liquider sa dette; toutefois le supérieur qui le reçoit assume cette charge à sa place (53). Au contraire, si en faisant vœu, il a songé à sa dette, on peut présumer qu'il ne voulait pas s'engager avant d'avoir disposé de ses biens. Cependant, s'il estime n'avoir jamais la possibilité de se libérer de sa dette, il est tenu de ne pas différer son entrée.

La solution était quelque peu périlleuse, elle manquait de nuances et pouvait facilement entraîner des abus. On peut

(51) La décision de Sixte V (interdisant au débiteur d'entrer en religion), tempérée par Clément VIII, n'a pas empêché les auteurs d'envisager toutes les hypothèses, en utilisant l'autorité de S. Thomas de façon souvent arbitraire.

(52) In IV Sent. 38, 1, 3, 1 ad 7; ce texte n'est pas passé dans le supplément de la Somme Théologique.

(53) Une idée similaire se retrouve dans les décrétales (X, I, 19, infamata) à propos du débiteur qui entre dans le clergé séculier.

remarquer le lien qu'il y a entre cette doctrine et la première solution sur la nature des vœux; ce n'est que l'intention de l'individu qui est considérée.

La solution donnée dans la Somme Théologique est beaucoup plus nuancée. D'abord est énoncé un principe général : quiconque est tenu de rendre des comptes à quelqu'un ou est lié par une dette certaine, ne peut pas omettre cette obligation pour entrer en religion. Toutefois, une seule exception est admise à ce principe : si la dette consiste en une somme d'argent et si le débiteur n'a pas de quoi la solder, il n'est tenu à faire que ce qu'il peut (ad impossibile nemo tenetur), c'est-à-dire à consentir une « cessio bonorum », un abandon de ses biens.

Ici encore nous nous trouvons face à un dépassement de sens. Si saint Thomas en effet a bien compris le caractère de privilège qu'a la « cessio bonorum », par contre, il ne semble guère en connaître les limites (interdite aux débiteurs malhonnêtes ou imprudents) ; pour lui elle dégage le débiteur de toute obligation, alors qu'en droit romain, elle empêchait simplement la contrainte de corps et mettait le débiteur à l'abri des sévices du créancier (54).

Cette tendance apparaît davantage encore dans l'explication de ce privilège. Le raisonnement de l'auteur se ramène à ceci, si en fait le débiteur, qui a abandonné ses biens en entier, ne s'enrichit pas dans la suite, le droit ne l'oblige pas à autre chose, même pas à travailler pour achever la restitution. Donc, il peut s'engager dans un état de vie qui lui enlève toute possibilité d'enrichissement (55). Le raisonnement paraît juste du point de vue juridique. Il le semble moins pour ce qui est du fondement attribué par saint Thomas à ce privilège qu'est la « cessio bonorum » : la personne d'un homme libre ne peut pas être liée par de l'argent, dit-il, car elle dépasse toute estimation pécuniaire, comme le recon-

(54) Le passage de la Somme Théologique est : II, II, 189, 6, ad 3. Les textes romains sur la « cessio bonorum » sont : Code 7, 71, 1 et 8; Dig. 42. 3, 4. Cf. l'étude de PFLUEGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, paru dans la Zeitschrift d. Savignystift. Röm. Abteil., t. 65, 1947, p. 121-218.

(55) « unde potest licite, exhibitis rebus suis, religionem intrare, nec tenetur in saeculo remanere ut procuret unde debitum reddat » (Sum. Th. II, II, 189, 6 ad 3.

naît le droit civil. Le droit ici invoqué est la fameuse règle « libertas inaestimabilis res est », prise, il faut l'avouer, en un sens innatendu. Alors qu'en droit romain la liberté ici invoquée était l'état opposé à l'esclavage, au sens limité qu'une dette pécuniaire ne peut pas entraîner l'état de servitude, saint Thomas étend cette règle à la liberté de toute contrainte physique et morale, en ce sens qu'une dette pécuniaire ne peut pas pour lui entraîner d'obligation personnelle, mais seulement une obligation réelle (56). En conséquence, le créancier n'a de droit que sur la chose, les biens du débiteur, et non sur la personne; ce dernier est dégagé de tout lien dès qu'il a cédé ses biens, même s'ils ne suffisent pas à payer toute la dette.

Le droit romain est donc utilisé largement, dépassé dans son sens, érigé quelque peu en absolu. Saint Thomas le comprend d'ailleurs en fonction de sa théorie générale du droit. Pour lui, en effet, comme on le verra dans la suite de cette étude, le droit est avant tout la chose juste elle-même, la « res objectiva » (ici, la somme d'argent) qui crée une relation entre deux personnes. Le droit n'est pas alors avant tout un pouvoir moral ou subjectif de faire ou d'exiger quelque chose, comme on l'entend souvent aujourd'hui; ce sens, pour saint Thomas, ne peut que découler du premier, lié à la chose juste; celle-ci devenant impossible ou inexistante, le droit subjectif ne peut plus s'exercer et disparaît donc (57).

4° *Le droit romain canonisé*

On sait qu'il faut entendre par cette expression les parties du droit romain adoptées officiellement par l'Eglise et revêtues par là même de l'autorité attachée aux lois canoniques. L'étude de leur connaissance par saint Thomas n'entrant pas directement dans les limites de ce chapitre, elle sera brièvement faite comme un simple corrolaire montrant le souci d'information juridique chez l'auteur.

L'étude de la légitimation montre l'exemple du droit romain et du droit canon se complétant mutuellement. Saint

(56) C'est toute la conception de la monnaie chez S. Thomas, qui est ici engagée.

(57) La quatrième partie de cette étude traitera de l'influence du droit romain sur la doctrine du droit chez S. Thomas.

Thomas reconnaît deux sortes de légitimations (58): 1° l'une canonique, d'ailleurs adaptation chrétienne des lois romaines, se faisant soit par mariage subséquent, soit par rescrit du pape; 2° l'autre civile, qui se fait suivant les quatre procédés connus en droit romain, modalités de la légitimation par oblation à la curie (59).

Mais c'est surtout l'étude de l'adoption romaine, canonisée par l'Eglise, qui nous montre le souci de précision de l'auteur, qui aurait pu ne pas détailler son exposé et en laisser le soin aux juristes.

En abordant cette étude, saint Thomas déclare le faire à la lumière du principe cher à Justinien, que l'adoption doit imiter la nature (60). Nous ne nous attarderons pas à suivre l'auteur dans la description des deux formes de l'adoption qui est faite avec précision et exactitude. Sur un point toutefois il semble s'être laissé aller à trop pousser l'opposition rationnelle entre les deux sortes d'adoption, c'est lorsqu'il refuse à l'adopté (simplex) le droit à la succession ab intestato. Remarquons aussi que ce qu'il appelle « simplex adoptio » correspondant à ce que nous appelons actuellement « adoptio minus plena », il n'y a pas lieu de s'étonner de ce qu'il ignore l' « adoptio plena », identifiée d'ailleurs par les canonistes avec l' « adrogatio » (61).

Cette complaisance à s'étendre sur des questions essentiellement juridiques cadre bien avec ce que les pages précédentes nous ont montré : un réel souci chez saint Thomas de s'informer du droit romain. Toutefois, ce souci est dominé par une préoccupation, celle du théologien et du moraliste, atteindre la vérité objective à travers des textes dont l'antiquité vénérable était la garantie; sortis de leur contexte historique, traités à l'aide de la méthode scolastique, ces citations ont vu leur sens durci et amplifié, elles ont acquis une

(58) In IV Sent. 41, 1, 3, 3.

(59) Code 5, 27, 3, Novelles 89, 2; 117,2.

(60) Inst. 1, 11, 4 (adoptio enim naturam imitatur).

(61) Sur cette question voir WERNZ-VIDAL, *Ius canonicum*, t. V, 3e éd. par Aguirre, Rome, P.U.G., 1946, p. 222. Les auteurs modernes ne sont d'ailleurs pas d'accord sur l'extension à donner à l'adoptio plena; cf. MONIER, *Manuel...*, op. cit., I, p. 269.

vie nouvelle sous un autre climat. C'est tout le Moyen Age qui se retrouve dans cette tendance : ne rien laisser perdre de l'antiquité, quitte à lui insufler un esprit nouveau, celui du christianisme (62).

(*A suivre*)

Jean-Marie AUBERT,
Grand Séminaire de la Castille - La Crau (Var).

(62) La cinquième partie de ce travail étudiera la méthode employée par S. Thomas dans l'utilisation des textes romains, comparée à celle des juristes de son temps.

LAÏCITÉ DE L'ETAT
ET LAÏCITÉ DE L'ÉCOLE

II. - LA LAICITE EN MATIERE SCOLAIRE

Ce problème se pose sous un double aspect : d'abord, quelles sont les exigences de la laïcité de l'Etat dans le régime légal de l'enseignement libre confessionnel ? Ensuite, quelles sont ces exigences en ce qui concerne l'enseignement public ?

A. *La laïcité de l'Etat et le régime légal de l'enseignement libre confessionnel*

Que l'enseignement libre puisse être confessionnel, cela ne fait aucun doute. Ceci signifie, non seulement que l'Eglise peut librement enseigner le dogme, le catéchisme, comme elle peut célébrer le culte, et ceci sans aucune contrôle ni aucune intervention de l'Etat, mais encore qu'un enseignement à objet profane, portant sur les matières qui font partie des programmes scolaires établis par l'Etat, peut, dans un établissement libre, être explicitement d'inspiration religieuse — plus généralement, que l'éducation donnée dans les établissements scolaires libres peut être une éducation confessionnelle.

La seule question à discuter est celle de savoir si l'Etat peut, sans manquer à la laïcité, subventionner de tels établissements. On sait quelles objections ont été soulevées, au nom de la laïcité contre les récentes lois tendant à apporter aux établissements ou aux élèves de l'enseignement libre le secours financier de l'Etat (1).

Le problème doit être examiné en une double instance.

(1) Cf. F. Mejan, L'évolution de la législation scolaire et ses répercussions sur les rapports de l'Eglise et de l'Etat, *Revue Administrative*, n. 24, nov.-déc. 1951, p. 616 et Hubert Thierry, La loi du 28 sept. 1951 et La Laïcité de l'Etat, *Revue du droit public*, 1952, n. 1, p. 18.

En premier lieu, le principe général de la laïcité, tel que nous avons cru pouvoir l'exposer dans la première partie de cette étude, à partir des textes législatifs (la loi du 9 décembre 1905 notamment) et de la jurisprudence (du conseil d'Etat en particulier) s'oppose-t-il à cette participation de l'Etat aux dépenses de l'enseignement libre confessionnel, sous toutes les diverses modalités qu'on peut concevoir ?

Il faut, à cette question, répondre par la négative. Nous avons souligné, au cours de notre première partie, la distinction essentielle entre les activités à objet religieux, et les activités d'inspiration religieuse. L'activité de l'Etat ne peut évidemment être religieuse ou, plus exactement, explicitement confessionnelle ni par son objet, ni même par son inspiration, mais la laïcité ne s'oppose pas à ce que l'Etat (et plus généralement les collectivités publiques : nous parlerons simplement de l'Etat pour abréger) subventionne une activité d'inspiration religieuse, pourvu que son objet reste profane. Telle est la solution que commande la logique et que l'on peut déduire du fondement de la laïcité.

C'est aussi la solution du droit positif: divers textes législatifs prévoient, selon des modalités variables, les subventions à l'enseignement libre secondaire ou technique, sans aucune réserve pour les établissements confessionnels. Personne, à notre connaissance, ne soutient que cette réserve doit être faite. Personne ne conteste non plus, semble-t-il, la légalité, du point de vue de la laïcité, des subventions à l'enseignement supérieur libre confessionnel.

Les solutions jurisprudentielles sont dans le même sens. Notamment le Conseil d'Etat déclare illégal le refus d'une subvention à un établissement d'enseignement technique fondé sur des considérations d'ordre confessionnel (C. E. 7 juill. 1950, *Docum. Cath.*, t. 48, 1951, col. 939). Ce refus eût été légal si une telle subvention avait pu être considérée comme une subvention au culte.

La seule difficulté en cette matière concerne les établissements d'enseignement qui, à tel ou tel titre, peuvent être considérés comme ayant non seulement une inspiration, mais encore un objet confessionnel. Le Conseil d'Etat se montre, à juste titre, très libéral: S'agissant d'un Petit Séminaire, la subvention ne constitue pas une subvention déguisée au Culte, dès lors que « l'institution dont il s'agit reste ouverte à tous les enfants, prépare au baccalauréat de l'enseignement secondaire, et fonctionne sous le contrôle de l'autorité académique » et « le fait qu'une certaine proportion de ses élèves se destinerait à la prêtrise n'est pas de nature à lui donner le caractère d'un établissement cultuel. » (C. E. 9 déc. 1938. *Recueil Sirey*, 1939, 3e partie, p. 38.) De même, le Conseil d'Etat a pu estimer, pour une subvention à un Institut catholique comprenant, outre les facultés de droit, de sciences et de lettres, une faculté de théologie « que cette circonstance n'a pas pour effet de donner à cette subvention le caractère d'une subvention indirecte au culte » (C. E. avril 1950, cité par Fison, Les subventions publiques aux Etablissements d'enseignement privé..., *Revue Administrative*, juillet-août 1950, p. 348).

La subvention à un Grand Séminaire serait certainement illégale comme contraire au principe de laïcité. Entre le Grand Séminaire et le Petit Séminaire mixte, il y a place pour bien des degrés. Il peut être difficile de trouver un critère très précis de discrimination. Il nous suffit ici de poser le principe.

Mais si la laïcité ne s'oppose pas à toute subvention de l'Etat à des établissements libres confessionnels, n'y a-t-il pas du moins certaines subventions, selon telles ou telles modalités, qui se heurtent à cet obstacle de la laïcité ?

On l'a soutenu, tant pour la « Loi Barangé » concernant l'enseignement primaire que pour la « Loi André Marie » concernant les bourses de l'enseignement secondaire. Les arguments invoqués sont de deux ordres.

En ce qui concerne la loi Barangé, la thèse peut se ramener à ceci : les subventions de l'Etat à l'enseignement primaire confessionnel sont interdites au nom de la laïcité. Or, cette loi aboutit à une subvention de l'Etat en faveur de l'enseignement primaire confessionnel. Cette loi viole donc la laïcité (et, à ce titre, elle est inconstitutionnelle, la laïcité étant inscrite dans l'art. 1 de la constitution de 1946).

La discussion de cette thèse peut porter sur la majeure et sur la mineure du syllogisme. Mais la première proposition seule nous intéresse ici directement. Quelques mots suffiront pour le second point :

Il est certain que le législateur de septembre 1951 s'est efforcé d'écarter le reproche d'attenter à la laïcité et pour y parvenir, il a présenté notamment l'aide de l'Etat comme destinée aux parents des élèves et non directement aux établissements scolaires eux-mêmes. En réalité, il n'est pas contestable que, quelles que soient les modalités légales de distribution des fonds, ceux-ci ne soient destinés aux établissements d'enseignement; notamment, la loi précise qu'ils doivent être affectés par priorité au traitement des maîtres, lequel incombe évidemment aux établissements; le surplus, d'ailleurs, sera noralement affecté à d'autres dépenses incombant, elles aussi, aux établissements. Il nous paraît donc difficile de répudier la mineure du syllogisme, malgré les précautions de la loi. Les fonds de l'Etat vont bien à l'enseignement primaire confessionnel. Mais, encore une fois, ce point ne fait pas l'objet direct de notre étude, et nous ne prétendons pas le discuter pour lui-même.

Ce qui est l'objet de notre étude, c'est de savoir si les subventions de l'Etat à l'enseignement primaire confessionnel sont contraires au principe de laïcité (majeure du syllogisme).

Une telle affirmation peut à priori sembler surprenante, s'il est bien vrai que, de soi, le principe de laïcité n'implique pas l'interdiction pour l'Etat de subventionner l'enseignement libre confessionnel. Pourquoi ce qui est vrai en général, ne le serait-il plus pour l'enseignement primaire ?

On sait, pourtant, que les subventions à l'enseignement primaire privé sont interdites. Aucune loi, à la vérité, n'édicte cette

prohibition. Mais le Conseil d'Etat l'a formulée dès 1888 et n'a jamais, depuis, cessé de l'affirmer. Toute la question est de savoir si cette interdiction repose sur le principe de laïcité. Si oui, nous nous trouvons en présence d'une exigence particulière de la laïcité concernant l'enseignement primaire, dérogeant au principe général. Il semble en effet impossible de soutenir que le principe général est précisément exprimé par la règle de la non-subvention appliquée par le Conseil d'Etat à l'enseignement primaire, et l'exception, par le régime applicable aux autres ordres d'enseignements, comme aux institutions privées d'inspiration religieuse non enseignantes, telles que les œuvres d'assistance, les œuvres éducatives, les œuvres culturelles, etc... Nous pensons que le principe général reste celui de la légalité des subventions, et qu'il repose sur la distinction de l'objet religieux et de l'inspiration religieuse. Aucun texte de loi, aucune décision de jurisprudence, aucune pratique administrative courante et indiscutée (telle que, par exemple, les subventions du Centre National de la Recherche Scientifique à des revues scientifiques d'inspiration religieuse, publiées par des organismes ouvertement confessionnels) n'autoriserait, nous semble-t-il, à soutenir que le principe de non-subvention est absolu, s'applique en toute hypothèse, que l'activité subventionnée soit d'objet religieux ou simplement émane d'un organisme confessionnel, même si son objet est par lui-même profane.

On pourrait, il est vrai, soutenir que le principe de non-subvention vaut pour tout enseignement libre confessionnel sans toutefois l'étendre aux activités non enseignantes. Il faudrait pour cela admettre que, en matière d'enseignement, il est impossible de distinguer l'objet religieux et la simple inspiration religieuse, qu'une classe d'histoire ou de mathématiques, dès lors qu'elle est faite dans un contexte d'éducation chrétienne, a un objet religieux.

Il est bien certain qu'il y a une différence entre une classe d'histoire ou même peut-être de mathématiques donnée dans un contexte d'éducation chrétienne, et des soins médicaux donnés dans un contexte de charité chrétienne: à ce point de vue, on peut théoriquement concevoir une différence entre le régime des subventions aux établissements confessionnels d'enseignement, et le régime des subvention aux autres établissements confessionnels. L'enseignement est toujours, s'il est confessionnel, imprégné d'un certain dogmatisme, dans une certaine mesure, tandis que la charité est un témoignage. Il y a deux manières de faire la classe — même de mathémathiques — dans une certaine mesure, selon que la classe est ou non confessionnelle, tandis qu'il n'y a pas deux manières de soigner les malades, que l'établissement hospitalier soit ou non confessionnel.

Il ne nous paraît cependant pas que cette considération, très importante du reste, et sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir, suffise à ruiner, en matière d'enseignement, la distinction de l'objet religieux et de l'inspiration religieuse. Le contexte d'éducation chrétienne dans l'enseignement a sans doute plus d'importance

que le contexte de charité chrétienne dans l'assistance. Il reste qu'il s'agit seulement d'un contexte, que l'objet premier de l'établissement du point de vue juridique, est... d'enseigner, de donner une instruction, de préparer à des examens. Comment établir la ligne de démarcation entre les activités que l'Etat peut subventionner parce que le contexte religieux est assez nettement séparé de l'objet profane, et celles où l'aide de l'Etat est interdite parce que le contexte religieux est trop intimemnt mêlé à l'objet profane ? Les institutions éducatives non enseignantes — colonies de vacances et autres, — ne devraient-elles pas, plus encore que les institutions d'enseignement, être privées de l'aide éventuelle de l'Etat ? Le fondement du principe de laïcité — non confessionnalité de l'Etat, incompétence de l'Etat en matière religieuse, — ne nous semble pas réquérir l'extension du principe de non-subvention à l'enseignement confessionnel. Il est sauf, dès lors que l'objet de l'enseignement est profane, même si cet enseignement est donné dans un contexte d'éducation chrétienne.

L'intérêt technique du débat est le suivant : Si la non-subvention est la règle, si les enseignements secondaire, technique et supérieur ne bénéficient que d'une exception, cette exception doit être interprétée restrictivement. Si, au contraire, c'est le principe de non-subvention à l'enseignement primaire qui est l'exception, le régime fait aux autres ordres d'enseignement représentant le droit commun, c'est ce régime de l'enseignement primaire qui doit être l'objet d'une interprétation restrictive. Or, il ne semble pas douteux que la jurisprudence du Conseil d'Etat ne soit, dans son ensemble, très libérale en matière de subventions à l'enseignement libre confessionnel, et n'interprète pas extensivement la règle, posée par elle-même, applicable à l'enseignement primaire.

Quoi qu'il en soit de ce débat, les subventions sont interdites pour l'enseignement primaire libre. Cette règle est-elle fondée sur la laïcité comme on le prétend ?

Si ce que nous venons de dire est exact, en ce qui concerne les exigences de la laïcité pour l'enseignement confessionnel en général, on ne voit pas pourquoi l'argumentation ne vaudrait pas pour l'enseignement primaire. Au même titre que les autres branches de l'enseignement, celui-ci, même donné dans un contexte d'éducation chrétienne, est profane quant à son objet. Il n'y aurait aucune raison de soutenir notamment que l'enseignement primaire étant plus autoritaire, moins critique, que le secondaire ou le supérieur — ce qui est incontestable — il n'est plus du tout possible de séparer l'objet profane du contexte religieux. La séparation est moins nette, concrètement; elle n'en subsiste pas moins juridiquement.

Il faut donc se demander simplement si la règle de droit positif qui prohibe les subventions de l'Etat à l'enseignement libre primaire a été ou est encore rattachée, par les autorités compétentes pour formuler et pour interpréter cette règle, au principe de laïcité.

Il y a, a priori, une raison très sérieuse — à notre avis — d'en douter : c'est que la prohibition des subventions s'applique à

tout l'enseignement primaire privé, qu'il soit ou non confessionnel. Nulle part, on ne trouve de discrimination entre les écoles confessionnelles et celles qui ne le sont pas. Les écoles confessionnelles constituent sans doute la grosse majorité des écoles privées. Ce n'est pas une raison pour étendre aux autres un régime de rigueur qui ne serait, pour elles, aucunement justifié.

A posteriori, il faut constater que la laïcité n'est jamais invoquée comme fondement de la prohibition. La loi du 30 octobre 1886, à laquelle le Conseil d'Etat rattache le principe de la prohibition, n'en parle pas. Elle est du reste muette sur cette prohibition elle-même. L'interdiction des subvention n'est explicitement formulée que par le Conseil d'Etat, dans deux avis des 12 juillet et 13 novembre 1888 et dans une série de décisions contentieuses constituant une jurisprudence constante et ferme. L'argumentation de la haute assemblée est la suivante: « La loi du 30 octobre 1886 a distribué les établissements d'enseignement primaire en deux groupes distincts suivant qu'ils appartiennent à l'enseignement public ou à l'enseignement privé, et n'admet d'aucune manière l'existence d'un troisième groupe formé par le concours des communes, des associations ou des particuliers. Il en résulte qu'il ne peut appartenir aux Conseils municipaux de créer ce troisième groupe en employant une partie des ressources communales à favoriser sous quelque appellation que ce soit l'effort des associations et des particuliers » (avis précités). Cette argumentation repose sur la définition donnée par la loi des écoles primaires : les écoles publiques sont « fondées et entretenues par l'Etat, les départements ou les communes », les écoles privées sont « fondées et entretenues par des particuliers ou des associations ». Il ne peut donc pas appartenir aux communes (ni aux départements ou à l'Etat, sinon, pour ce dernier, par une loi évidemment) de créer une troisième catégorie d'écoles, « fondées et entretenues par le concours des communes (des départements ou de l'Etat) et des associations ou des particuliers ». L'objection que l'on peut faire à cette argumentation, c'est que « subventionner » n'est ni « fonder », ni « entretenir ». En rigueur de termes, la loi de 1886 ne s'oppose qu'à la « subvention » régulière et stable des écoles privées par l'Etat, car cette subvention est alors un véritable « entretien », mais la « subvention » peut être occasionnelle, à la discrétion de l'autorité qui l'accorde; peut-elle être en toute hypothèse assimilée à l'« entretien » ? C'est très douteux. Quoi qu'il en soit de cette discussion, qui mériterait de plus longs développements, mais qui est hors de notre sujet, il n'est aucunement question, en tout cela, de laïcité.

Les travaux préparatoires de la loi de 1886, les conclusions des commissaires du gouvernement développées devant le Conseil d'Etat à l'occasion des décisions contentieuses rendues par cette juridiction, ne permettent pas davantage de rattacher la prohibition des subventions au principe de laïcité. La raison profonde de cette règle, selon les conclusions des commissaires du gouvernement, se trouve dans l'esprit de la législation de 1886, tel qu'il résulte des

travaux préparatoires : Jusqu'en 1886, l'enseignement libre collaborait avec l'enseignement public à l'œuvre d'éducation, il était donc normal que les collectivités publiques, communes et départements, et l'Etat lui-même, subventionnassent l'enseignement privé. Mais depuis 1886, l'enseignement public seul assure cette fonction publique d'éducation, l'enseignement privé, autrefois collaborateur de l'enseignement public, devient en droit le concurrent de l'enseignement public. Il est libre, mais l'Etat (ni les départements ou les communes) ne peuvent le subventionner, ce serait détruire d'une main ce qu'ils édifient — à grands frais — de l'autre.

Un tel raisonnement peut sans doute s'expliquer, psychologiquement, dans l'atmosphère politique de la fin du XIXe siècle et des premières années du XXe. Il semble aujourd'hui désuet, à bien des égards, la nation ne peut évidemment que gagner à ce que les enseignements public et privé soient dans des rapports de collaboration et non de concurrence. De toute manière, et c'est ce qui nous intéresse ici, il n'est pas question, en tout cela, de laïcité.

En définitive, quelque jugement que l'on porte, du point de vue politique ou du point de vue juridique, sur la loi Barangé, il semble difficile de dire qu'elle viole la laïcité. On ne peut même pas avancer, pensons-nous, qu'elle consacre une évolution dans le contenu du concept de laïcité.Celui-ci reste inchangé, pour la raison qu'il n'a jamais exclu les subventions à l'enseignement primaire privé confessionnel, pas plus qu'il n'exclut les subventions aux enseignements secondaire, technique ou supérieur. La laïcité du droit français n'exclut que les subventions aux activités ou institutions à objet religieux, non à celles dont la seule inspiration est religieuse.

Il reste que l'interdiction des subventions publiques à l'enseignement primaire privé est rattachée, par le Conseil d'Etat, à la loi de 1886, laquelle est, indiscutablement, en certaines de ses dispositions, une loi laïque. Là sans doute est l'explication de l'opinion qui fonde sur la laïcité la prohibition des subventions. Nous ne pensons pas que cette explication suffise à justifier, sur le plan juridique, cette opinion.

Il reste aussi que, peut-être, en demandant l'aide de l'Etat au nom d'un impératif religieux, on renforcerait cette opinion. On peut très juridiquement, du point de vue de la laïcité, en tant qu'elle garantit la liberté de conscience, demander, au nom des exigences de la Foi, la liberté de l'enseignement confessionnel. Il vaut mieux ne pas mettre au premier plan cet argument, lorsqu'on demande que cet enseignement soit, totalement ou partiellement, pris en charge par l'Etat ! Ou alors il faut en même temps demander une révision du concept juridique de laïcité.

La « loi Marie », prévoyant l'allocation de bourses aux élèves des établissements libres d'enseignement secondaire, ne pouvait évidemment pas tomber sous le coup de critiques identiques à celles adressés à la loi Barangé : les bourses sont données aux élèves et non aux établissements où ils reçoivent l'instruction, et au surplus

les subventions aux établissements secondaires libres sont permises par la loi Falloux à certaines conditions.

Cependant une réserve a pu être faite au nom de la laïcité contre la loi Marie. Elle est fondée sur les différences entre le régime des bourses aux élèves de l'enseignement privé, tel que le prévoient la loi et les décrets d'application, et le régime des bourses aux élèves de l'enseignement public. Ces différences (les unes temporaires, les autres permanentes, les unes relatives aux conditions d'octroi et de renouvellement des bourses, les autres aux conditions d'habilitation des établissements destinés à recevoir des boursiers) jouent en faveur de l'enseignement privé. Or, l'égalité doit régner entre les deux ordres d'établissements (publics et privés), sous peine de violation de la laïcité. (Ce principe d'égalité a du reste été souligné par le Conseil d'Etat dans l'avis qu'il a donné au Ministre de l'Education Nationale, et à sa demande, sur la conformité du projet de loi avec la constitution de 1946.)

La même critique a été faite à la loi Barangé en tant qu'elle accorderait en réalité plus d'avantages à l'enseignement privé qu'à l'enseignement public.

Nous n'avons pas à discuter ici le point de savoir si effectivement le régime des bourses instauré par la loi Marie et les décrets d'application avantage l'enseignement privé, ni davantage à examiner si la loi Barangé avantage l'enseignement privé plus que l'enseignement public. Nous n'avons pas non plus à examiner en lui-même le principe d'égalité, affirmé à maintes reprises par le Conseil d'Etat à l'occasion des secours aux enfants fréquentant les écoles primaires, privées ou publiques. Il nous suffit de rechercher si ce principe d'égalité est une exigence de la laïcité. Nous ne le pensons pas.

Remarquons en premier lieu que jamais, sauf erreur, le Conseil d'Etat, dans les nombreuses décisions rendues à propos des secours aux enfants des écoles primaires, n'a invoqué la laïcité comme fondement de ce principe d'égalité. Pas davantage elle n'est invoquée dans l'avis rendu à l'occasion de la loi Marie. Précisons aussi que le principe d'égalité joue pour tout enseignement privé, qu'il soit ou non confessionnel : nous retrouvons ici les remarques déjà faites à propos du principe de non-subvention à l'enseignement primaire privé.

De soi, la laïcité exige-t-elle que soit respectée une stricte égalité entre les deux enseignements ?

L'argument est fondé sur la définition donnée à l'assemblée constituante, par M. Maurice Schumann : « La laïcité de l'Etat signifie son indépendance vis-à-vis de toute autorité qui n'est pas reconnue par l'ensemble de la nation, afin de lui permettre d'être impartial vis-à-vis de chacun des membres de la communauté nationale et de ne pas favoriser telle ou telle partie de la nation. » Rompre l'égalité entre les enseignements public et privé (qu'il s'agisse des élèves eux-mêmes, des établissements ou des ensembles d'intérêts que l'on peut appeler « l'enseignement privé » et « l'enseignement

public »), c'est « favoriser une partie de la nation », les catholiques, en l'espèce.

Nous souscrivons bien volontiers à la définition de M. Schuman : il n'est pas contestable que la laïcité exclut que telle ou telle partie de la nation — déterminée par son adhésion à une confession religieuse — soit avantagée. Encore faut-il que cet avantage soit conféré à raison précisément de cette confession. Nous sommes conduits encore une fois à la distinction de l'objet religieux et de l'inspiration religieuse. Nous nous sommes suffisamment étendu sur ce problème pour n'avoir pas à y insister. Concluons simplement que la situation est au fond la même, qu'il s'agisse de subventions aux établissements ou de bourses aux élèves. Dans aucun de ces deux cas, à notre avis, la laïcité n'est en cause, juridiquement le fondement des prohibitions est unique : c'est l'idée de concurrence. Ceci ne préjuge, du reste, aucunement des autres critiques que l'on a pu adresser à cette législation, du point de vue notamment de sa conformité avec les principes généraux de la législation scolaire française. Discuter ces critiques serait sortir du domaine de cette étude. Nous pensons qu'il y a, au contraire, intérêt à dissocier, dans ce statut scolaire, ce qui ressortit à la laïcité — et par là a valeur constitutionnelle — et ce qui en est indépendant, et n'a pas nécessairement valeur constitutionnelle.

Nous allons précisément maintenant examiner ce qui, dans le statut scolaire, se rattache au principe de laïcité.

B. *La laïcité de l'enseignement public*

L'enseignement constitue un service public de l'Etat. La laïcité s'applique à l'enseignement comme elle s'applique à tous les services publics. Pas plus qu'il n'y a d'exigences spéciales de la laïcité en ce qui concerne l'attitude de l'Etat envers l'enseignement privé par rapport aux autres activités privées, il n'y a d'exigences spéciales de la laïcité en ce qui concerne l'enseignement public par rapport aux autres services publics. La laïcité scolaire n'est pas autre chose que la non-confessionnalité du service public de l'enseignement. On conçoit cependant que les difficultés soulevées par l'application du principe de laïcité revêtent un aspect particulier, lorsqu'il s'agit du service de l'enseignement, à raison de la physionomie originale de ce service.

En matière scolaire, le fondement de la laïcité se trouve en quelque sorte renforcé par la difficulté et donc la nécessité plus grandes de respecter la pluralité des options spirituelles : bien des matières d'enseignement sont connexes aux matières proprement religieuses : histoire, littérature, philosophie, morale notamment. La laïcité exclut toute prise de position d'ordre religieux à l'occasion de l'enseignement : Elle apparaît ainsi comme une sauvegarde de la liberté de conscience du maître, d'abord : il ne sera pas tenu de prendre, dans son enseignement, une attitude qui pourrait être en contradiction avec ses convictions personnelles. Elle est également

une protection de la liberté de conscience de l'élève : il ne recevra pas, à l'école, une formation religieuse qui pourrait contrecarrer celle qui lui est donnée dans sa famille. Soulignons, à cette occasion, la reconnaissance par le droit du principe que la formation spirituelle des enfants incombe aux parents et non à l'Etat. Les parents ont le droit de s'assurer que la laïcité est bien respectée à l'école, ils peuvent, au cas de violation de la laïcité, d'atteinte à la liberté de conscience des élèves, agir en justice pour obtenir réparation du tort qui leur est ainsi causé.

Pour l'enseignement primaire, la laïcité est plus impérieusement exigée pour deux raisons : d'une part, les élèves sont jeunes, leurs esprits sont plus suggestibles, ils sont plus perméables à l'influence du maître. D'autre part, la fréquentation scolaire est obligatoire et gratuite. Il faut que l'école primaire soit ouverte à tous, quelles que soient leurs options religieuses personnelles.

Le corollaire de la laïcité de l'enseignement public consiste dans la possibilité, pour les enfants dont les parents le désirent, de recevoir l'instruction religieuse : Pour l'enseignement primaire, et plus généralement pour les externats, les classes doivent vaquer un jour par semaine, en plus du dimanche, afin que les élèves puissent suivre les catéchismes. Pour les internats, un service d'aumônerie est organisé. La réglementation, pour ceux-ci, est du reste insuffisante à certains égards. Nous n'avons pas à entrer ici dans le détail de la législation, ni de l'application qui en est faite par les tribunaux. Soulignons simplement que le Conseil d'Etat notamment assure aussi efficacement que possible le respect de la liberté de conscience.

Ce sont les lois de 1882 et 1886 qui ont posé le principe de la laïcité pour l'enseignement primaire. Pour les autres ordres d'enseignement, la laïcité repose sur le principe général de la laïcité de l'Etat, tel que nous l'avons exposé dans notre première partie (et donc notamment sur la loi du 9 décembre 1905).

La laïcité des locaux scolaires ne soulève pas de problèmes importants et n'appelle pas de longs commentaires. Dans l'enseignement primaire, les classes de catéchisme doivent avoir lieu en dehors des horaires et des locaux scolaires; en principe, les Crucifix doivent disparaître des salles de classe (le préfet cependant reste libre de les maintenir, s'il le juge opportun, en tenant compte des vœux des populations, aux termes des circulaires des 2 nov. 1882 et 9 avril 1903).

La laïcité du personnel comporte, en vertu de la loi de 1886, l'exclusion des ecclésiastiques et des congréganistes de la fonction enseignante, pour les écoles primaires. Pour les enseignements supérieur (1) et technique, aucun obstacle ne s'oppose à ce que les maîtres soient religieux ou ecclésiastiques. Pour l'enseignement secondaire, le Conseil d'Etat, en l'absence de tout texte, a admis

(1) Cf. Conclusions du Commissaire du Gouvernement Helbronner sous l'arrêt du Conseil d'Etat rendu dans l'affaire Bouteyre, relative à l'enseignement secondaire (cité plus bas au texte).

que le Ministre de l'Instruction Publique n'avait pas excédé ses pouvoirs en refusant à un prêtre, « dans l'intérêt du service », l'autorisation de poser sa candidature à un concours d'agrégation (Conseil d'Etat, 10 mai 1912, abbé Bouteyre, *Recueil Sirey*, 1912, 3e p., p. 145, et Conclusions Helbronner, note Hauriou). Cette décision ne dit pas expressément que les professeurs de l'enseignement secondaire doivent être des laïcs, mais seulement que le Ministre de l'Education Nationale peut en juger ainsi : La différence est mince.

On peut, de ces solutions, tirer les conclusions suivantes : D'une part, la laïcité du personnel enseignant ne découle pas nécessairement du principe général de laïcité; ceci parce que l'état ecclésiastique ou religieux n'est pas a priori incompatible avec l'accomplissement d'une fonction publique; les ecclésiastiques et les religieux sont des citoyens au même titre que les laïcs, ils ont les mêmes droits qu'eux, l'accomplissement par eux d'une fonction publique ne comporte aucune homologation par l'Etat de leur état ecclésiastique ou congréganiste, le service demeure laïc même si ses agents sont des ecclésiastiques ou des religieux. D'autre part, pour l'enseignement primaire et l'enseignement secondaire, il est jugé préférable d'exclure le personnel ecclésiastique ou religieux, tant à raison de la connexité des matières enseignées avec les questions religieuses que de la suggestibilité des jeunes élèves. L'appartenance à l'état ecclésiastique ou religieux, soulignée notamment par le port du costume, pourrait causer une gêne à certains, influencer les autres, peut-être contre le gré des parents. Et ceci ne comporte aucune illégalité ni aucune atteinte aux droits des ecclésiastiques ou des religieux : l'Etat, en effet, est maître du recrutement de ses agents, il peut établir des incompatibilités entre telle fonction publique et tel « état », qu'il soit de droit public ou de droit privé. On peut seulement discuter le point de savoir si cette incompatibilité ne doit pas être établie par une règle générale, et non, comme le fit le Ministre pour l'abbé Bouteyre, par une mesure individuelle.

Encore faut-il qu'il s'agisse bien d'un « état » non de simples convictions. C'est pourquoi l'appartenance à une religion, quelle qu'elle soit, le fait d'avoir accompli ses études dans une école confessionnelle ou d'y faire élever ses enfants, ne sauraient justifier l'exclusion de la fonction enseignante. La solution contraire comporterait une atteinte, précisément, à la laïcité de l'Etat, en tant qu'elle assure à chacun, usager ou agent des services publics, le respect de ses croyances. Elle violerait aussi le principe du libre accès à la fonction publique et, pour les deux dernières hypothèses, le principe de la liberté de l'enseignement.

Le Conseil d'Etat a eu à diverses reprises l'occasion d'affirmer ces principes en faveur d'enseignants ou de candidats à l'enseignement victimes de mesures administratives illégales. (V. notamment C. E. 25 juill. 1939, Delle. Beis, *Dalloz, Hebdomadaire*, 1940, p. 20; C. E. 3 mai 1950, Dame Jamet, *journ. La Croix*, 18-19 juin 1950; C. E. 8 déc. 1948, Delle. Pusteau, *Rec. Sirey*, 1949, 3e p., p. 41;

C. E. 5 janv. 1944, dame T., Recueil *Lebon*, 1944, p. 1.) Ainsi se trouve mise en lumière la portée exacte du principe de laïcité par rapport aux agents des services publics. Il comporte le respect et la garantie de leur liberté de conscience personnelle.

La laïcité de l'enseignement public comprend enfin, et c'est le point le plus important, la laïcité des programmes et de l'enseignement lui-même.

Cela comporte d'abord l'exclusion de tout enseignement proprement religieux. Pour l'enseignement primaire, c'est la loi du 28 mars 1882 qui a substitué à l'instruction religieuse « l'instruction morale et civique ». (Pendant de longues années, du reste, les devoirs envers Dieu sont demeurés au programme; la laïcité, dans cette mesure, était exclusivement confessionnelle). Pour les autres ordres d'enseignement, la laïcité résulte simplement de l'absence de tout texte inscrivant l'enseignement religieux aux programmes, elle découle du principe général de laïcité des services publics.

Cette exclusion de l'enseignement religieux ne soulève pas de difficultés juridiques. Il est facile de distinguer une classe même de morale, d'histoire ou de philosophie, d'une classe de catéchisme ou d'un cours de dogme.

Mais la laïcité n'implique pas seulement cette limitation des programmes aux matières non-religieuses. Les disciplines profanes sont en contact souvent très étroit avec les matières faisant l'objet de l'enseignement religieux, aussi le passage, volontaire ou non, du premier domaine au second, constitue un péril ou une tentation. La laïcité exige que ce pas ne soit pas franchi, et c'est ici qu'il est difficile de donner des règles très précises.

Quelques affaires ont cependant permis à la jurisprudence d'indiquer au moins des directives. Des instituteurs publics eurent le tort de tenir en classe des propos outrageants pour les convictions religieuses de leurs élèves. Leur attitude fut condamnée par les tribunaux au nom du respect dû à ces convictions et de la laïcité scolaire (on dit plus volontiers neutralité, mais il ne nous paraît pas que les deux concepts de laïcité et de neutralité aient un contenu juridique différent). (Cf. notamment Tribunal des Conflits, 2 juin 1908, *Rec. Sirey* 1908, 3e p., p. 81 et conclusions du commissaire du gouvernement Tardieu, et Cour de Dijon, 28 déc. 1908, *Rev. d'organisation et de défense religieuse*, 1909, p. 53, affaire Morizot; Cour de Toulouse, 26 janv. 1914, *Rev. d'org...*, 1914, p. 319, et Trib. des Confl., 9 mai 1914, *Rev. d'org...*, 1914, p. 340, affaire Fabre-Aurignac-Escazeaux ; Trib. de simple police de Lagnieu, 5 août 1912, *Rev. d'org...*, 1912, p. 568 et Trib. correctionnel de Belley, 20 déc. 1912, *Rev. d'org...*, 1913, p. 54; Trib. civil de Nantua, 9 nov. 1912, *Rev. d'org...*, 1913, p. 32; Trib. correctionnel de Mont-de-Marsan, 7 déc. 1911, *Rev. d'org...*, 1912, p. 159). Il est arrivé aussi que des parents d'élèves eussent à intervenir judiciairement pour violation de la liberté de conscience et offense aux convictions religieuses par les manuels scolaires mis entre les mains des élèves (cf. notamment Conseil d'Etat, 20 janv. 1911, *Rec. Sirey*, 1911, 3e p.,

p. 49 et conclusions du commissaire du gouvernement Pichat, affaire Chapuis, Porteret et Pichon; Conseil d'Etat, 17 janv. 1913, *Rev. du droit public*, 1913, p. 72, et 14 janvier 1916, *Rev. du droit public*, 1916, p. 53 et conclusions du commissaire du gouvernement Corneille, affaire Association de familles de Gamarde-les-Bains; Cour de Pau, 13 mai 1912, *Dalloz Périodique*, 1912, 2e p., p.243, et Chambre civile de la Cour de Cassation, 23 juill. 1918, *Dalloz Périodique*, 1918, 1re p., p. 52. Ces diverses décisions portent souvent sur des difficultés juridiques autres que celle que nous examinons ici, notamment sur la procédure du recours en matière de revision des manuels scolaires, et sur la recevabilité des actions intentées par les associations de parents d'élèves).

De l'ensemble de ces décisions, éclairées, pour certaines par les conclusions des commissaires du gouvernement, on peut dégager les directives suivantes :

Tout d'abord le maître doit s'interdire tous propos qui seraient indécents, grossiers, et par là outrageants pour les convictions des élèves ou de leurs parents. Le commissaire du gouvernement Tardieu s'exprimait ainsi devant le Tribunal des Conflits dans l'affaire Morizot (citée plus haut) : « Si, au lieu d'un exposé de principe fait d'une manière décente et sérieuse, le maître tient des propos injurieux et grossiers, donne des définitions irrévérencieuses et grotesques, se laisse aller à des railleries malséantes ou à de basses plaisanteries sur Dieu, sur les religions, sur les Ministres du Culte, profère des propos blessants à l'adresse des croyants... » (il commet une faute qui engage sa responsabilité personnelle.) Et le Tribunal des Conflits jugea fautifs, dans cette perspective, les propos suivants : « ceux qui croient en Dieu sont des imbéciles »; « il ne faut pas se confesser aux curés, mais à ceux auxquels on a fait tort »; «le bon Dieu est un porte-monnaie bien rempli ». Ces propos furent qualifiés par le Tribunal « violation caractérisée du principe de la neutralité scolaire en matière religieuse » et « atteinte grave au droit d'éducation des parents ».

Mais on peut, dans un enseignement profane, prendre position en matière religieuse et donc violer la laïcité, tout en gardant la décence et le sérieux du langage. Les classes d'histoire, de morale, de littérature, de philosophie, voire de sciences, en fourniront maintes occasions, sans qu'il soit besoin de les chercher beaucoup. Le commissaire du Gouvernement Tardieu donne à ce sujet une nouvelle directive (qui ne fut du reste pas retenue par le Tribunal des Conflits dans l'affaire Morizot) : le maître « doit s'abstenir de toute incursion sur un domaine étranger à son enseignement et qui peut avoir pour effet de troubler inutilement la conscience de ses élèves ». Il sera souvent difficile d'apprécier, sur le plan juridique, ce « trouble » apporté « inutilement » à la conscience des élèves. Du moins, sera-t-il plus facilement admis si le maître s'est livré à une « incursion sur un domaine étranger à son enseignement », c'est-à-dire s'il s'est écarté du programme qui lui est fixé. Il apparaît ainsi que dans les programmes, qui sont publiés, que chacun

peut contrôler, réside une garantie de laïcité pour les élèves et leurs parents, qui peuvent se fier à eux et ont le droit de compter que le maître ne s'en écartera pas. Pour le maître, il y a dans le respect des programmes un guide sûr et une obligation de loyauté.

Ces deux directives, dignité, décence des propos, d'une part, respect des programmes, souci de ne pas troubler la conscience des enfants, d'autre part, ont été données à l'occasion d'attitudes attentant aux convictions religieuses des élèves. Mais elles ont, évidemment, une valeur et une portée générales, elles seraient applicables dans l'hypothèse inverse, s'il était porté atteinte à des convictions a-religieuses, par l'effet d'un prosélytisme religieux. Mais, à notre connaissance, les tribunaux n'ont pas eu à sanctionner de telles attitudes. Ce n'est pas que des griefs n'aient pas été invoqués contre certains maîtres, pour des agissements jugés par l'administration incompatibles avec la règle de la laïcité. Des sanctions administratives furent prises, et des recours intentés devant le Conseil d'Etat contre ces décisions par ceux contre qui elles avaient été portées. Mais toujours les recours furent accueillis par la haute juridiction, et les décisions annulées pour excès de pouvoir : dans certains cas, il s'agissait de faits de la vie privée (outre les décisions rapportées *supra*, à propos de la laïcité du personnel de l'enseignement public, cf. Conseil d'Etat, 28 avril 1938, Delle. Weiss, *Daloz Périodique*, 1939, 3e p., p. 1) ; dans une autre hypothèse, les faits reprochés ne furent pas jugés par le Conseil d'Etat (4 mai 1948, Connet, *Rec. Sirey*, 1949, 3e p., p. 41, note Rivéro) constituer des manquements à la laïcité: il s'agissait d'un instituteur qui, entre autres torts, avait eu celui de déchiffrer des chants au programme du Certificat d'études primaires sur l'harmonium de l'Eglise, à défaut de piano à l'école : l'enseignement de l'école publique ne peut pas être placé sous un symbole religieux, avait fait valoir le ministre de l'Education Nationale. On conçoit que le Conseil d'Etat n'ait pas eu de peine à faire justice d'un tel argument.

Ces décisions sont pourtant instructives. En premier lieu, elles nous rappellent que la laïcité des services publics, c'est-à-dire leur non-confessionnalité, laisse toute latitude aux agents de ces services de se comporter dans leur vie privée selon leurs convictions, quelles qu'elles soient. Ceci, du reste, n'est pas une limite imposée par le droit à la laïcité, ce n'est pas un « tempérament », mais une exigence de la laïcité elle-même. Si la non-confessionnalité de l'Etat a pour fondement le respect de la liberté de conscience des citoyens, les agents des services doivent en bénéficier au même titre que les autres citoyens. Ce principe est du reste inscrit, en substance, dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dans le préambule de la constitution de 1946, dans la loi du 9 octobre 1946 sur le statut des fonctionnaires (art. 16: « ne pourra figurer au dossier du fonctionnaire aucune mention faisant état des opinions politiques, philosophiques ou religieuses de l'intéressé »). Cette liberté des convictions serait vaine si elle ne comportait pas la liberté de se comporter, concrètement et ouvertement, conformément

aux exigences de ces convictions. De cette liberté, d'autre part, les maîtres de l'enseignement bénéficient au même titre que les agents des autres services publics, selon le principe que nous avons déjà dégagé, savoir que la laïcité de l'enseignement est soumise aux mêmes règles que la laïcité des autres services publics. Cette liberté du maître dans sa vie privée est complétée par la règle de la laïcité du service lui-même: n'ayant pas, dans l'exercice de sa fonction publique, à adopter en matière spirituelle une position qui contredirait ses convictions personnelles, celles-ci se trouvent par là-même respectées. La règle vaut pour l'enseignement comme pour les autres services publics.

Ces décisions, d'autre part, nous montrent quelles sont les limites des exigences de la laïcité dans l'enseignement lui-même, quelle est la portée de la règle de la non-confessionnalité de l'enseignement : déchiffrer des chants sur l'harmonium d'une église n'est pas placer l'enseignement sous un symbole religieux. On peut formuler, à partir de ce cas concret, une règle générale, et dire avec M. Rivéro (1) que « la laïcité s'insère dans les limites du bon sens ». Il est trop évident qu'elle n'exige pas, notamment, ignorance, prétérition, à plus fort raison négation du fait religieux, en tant qu'il a une existence objective, et qu'il peut être l'objet de connaissance. Cette ignorance ou cette négation, bien au contraire, pourraient, elles, être opposées aux exigences de la laïcité, en tant qu'elles inciteraient les élèves à la négation métaphysique. Elles seraient en tout cas, en bien des hypothèses, opposées aux exigences de la vérité. Laissons de côté l'ignorance systématique du fait religieux contenue dans le reproche fait à l'instituteur Connet. Elle n'est que risible. Il y a des hypothèses plus sérieuses : le fait chrétien en général, le problème de Dieu en morale et en philosophie, Jeanne d'Arc en histoire, pour ne prendre que quelques exemples, ne sauraient être passés purement et simplement sous silence. L'exigence de la laïcité, c'est qu'en en parlant, le maître ne froisse aucune conscience, ni celles des croyants, ni celles des incroyants, ni la sienne propre.

Ce ne sera pas toujours chose aisée. M. P.-H. Simon (« La France à la recherche d'une conscience ») prend l'exemple de Jeanne d'Arc : dire qu'elle a agi par patriotisme, sans aucune allusion aux Voix, constitue une prise de position par prétérition sur ce problème des Voix, en même temps qu'une erreur historique. Dire qu'elle a entendu des Voix est une incursion hors du domaine de l'enseignement laïc, une prise de position inverse de la précédente. Le maître dira donc que Jeanne d'Arc a obéi aux Voix qu'elle a dit (plutôt que prétendu) avoir entendues. La vérité historique est respectée, et aussi la laïcité : chacun, selon ses convictions, décidera de la réalité et de la nature de ces Voix que Jeanne a dit avoir entendues.

(1) Cf. *note* précitée, et « le principe juridique de laïcité », *Chronique*, *Dalloz*, 1949, p. 137.

Il est trop évident que dans l'application concrète, tout ceci devient vite question de nuances, de tact. Le comportement du maître dépend nécessairement de l'âge des élèves, de la formation qu'ils ont déjà reçue, dans une large mesure. Une classe primaire exige des précautions plus grandes qu'une classe de philosophie. D'autre part, et parce qu'il s'agit de nuances et de tact, il n'est pas possible d'inclure toutes les exigences de la laïcité, en matière scolaire, dans des formules juridiques précises. Nous l'avons déjà souligné, les décisions que nous avons rapportées donnent plutôt des directives que des règles rigoureuses. Et au-delà des attitudes nettement marquées que ces décisions sanctionnent, il n'est plus possible même de « lier le contentieux » : fera-t-on un procès à un instituteur parce qu'il parle des Voix que Jeanne d'Arc « prétend » avoir entendues, au lieu de: « dit » avoir entendues ? Il y a une nuance, certes. Mais justement, il est difficile de la traduire en termes juridiques. Et au-delà de ce choix des formules, il y a tout le comportement du maître, qui est encore moins saisissable. A telle enseigne qu'on a pu soutenir que ce n'était pas au Conseil d'Etat, ni à aucune autre juridiction proprement dite, d'apprécier les manquements à la laïcité. Ce serait à des jurys spécialisés d'en connaître (cf. Jèze, *Revue du Droit Public*, 1916, p. 52 et sq.). (Nous n'avons pas à discuter ici le bien-fondé de cette suggestion. Nous n'en faisons état que parce qu'elle corrobore notre propre remarque.) Mais n'en va-t-il pas de même de bien des concepts juridiques? Les juristes sont familiers avec les « standards » et les « directives ». Les notions d'« ordre public », de « bonnes mœurs », de « faute » sont bien des notions juridiques, mais de la catégorie des « directives » ou « standards ». Tel nous paraît être le contenu juridique de la laïcité de l'enseignement public. Il ne nous appartient pas de porter sur lui un jugement de valeur: ce serait dépasser le cadre de notre étude. C'est au théologien qu'incombe cette tâche. Nous ferons simplement en manière de conclusion, les remarques suivantes :

La première objection que l'on peut être tenté de formuler contre ce système, porte sur sa légitimité : l'Etat n'a-t-il pas le devoir, s'il prend en charge d'enseignement, d'intégrer dans cet enseignement la formation religieuse ? Personne, semble-t-il, ne conteste la légitimité de l'enseignement laïque, dans un pays divisé de croyances comme l'est la France. Il n'est pas possible d'imposer une croyance uniforme à des enfants dont les parents ne partagent pas tous ces croyances et ne veulent pas tous de ces croyances pour leurs enfants. C'est en effet aux parents, non à l'Etat, de décider de l'éducation de leurs enfants, en matière religieuse plus qu'en toute autre matière. La déclaration de l'Episcopat Français du 5 avril 1951 s'exprime ainsi: « Si la situation d'un pays divisé de croyances conduit l'Etat à mettre des écoles neutres à la disposition des familles qui les désirent et éventuellement de celles qui n'en peuvent choisir d'autres, il devra, etc... » Cette formule suppose la légitimité de la neutralité (disons: laïcité) de l'école publique. S.S. le

Pape Pie XII, de son côté, dans son allocution aux Universitaires catholiques du 20 mars 1951 parle de « la réserve qui s'impose à l'égard d'adolescents dont les uns suivent les observances religieuses les plus hétéroclites et dont les autres n'ont, hélas, aucune religion ».

Mais toute difficulté n'est pas levée. L'Etat ne devrait-il pas, sans donner lui-même la formation religieuse, conférer à celle-ci un rang scolaire, selon des modalités à prévoir, pour les enfants dont les parents exprimeraient le désir que cette formation leur fût donnée ? (cf. Noubel, *L'enseignement considéré comme service public*, p. 194). On peut en discuter, nous n'avons pas à le faire. Cela comporterait évidemment un « aménagement » du concept de laïcité tel que le connaît le droit public français.

Une deuxième objection peut être soulevée contre la laïcité de l'enseignement public. On la présentera sous la forme d'un dilemme: ou la laïcité n'est qu'un leurre, et le maître, en réalité, fait passer dans son enseignement ses convictions, en pétrit l'intelligence et l'âme de ses élèves, et cela, peut-être, insidieusement; ou elle vide l'école de toute valeur éducative, elle paralyse, au lieu de la favoriser, la formation de la personnalité de l'enfant et elle stérilise la personnalité du maître en l'obligeant à se dépouiller de ses convictions les plus profondes. Car « la vie n'est pas neutre », et l'école ne peut pas l'être davantage. L'objection, si elle est fondée, est grave: si l'Etat ne peut avoir d'enseignement que laïque, et si un enseignement ne peut pas être laïque, sauf à n'être pas éducatif, l'Etat ne doit pas enseigner. Le débat est ouvert entre ceux qui affirment et ceux qui nient la possibilité d'une véritable éducation par l'école publique, une éducation qui dégage les valeurs communes de la culture française, qui ouvre à un humanisme authentique, et qui incite chacun à un épanouissement, à un achèvement personnel de cette culture, de cet humanisme, dans des valeurs qu'il appartient à chacun de s'approprier par la réflexion, pour certains, par la prière, des valeurs qu'il n'appartient pas à l'école publique de donner elle-même, mais qu'elle n'a pas non plus à taire, parce que leur diversité constitue la richesse du patrimoine français. Ce débat, nous n'avons pas le dessein de l'ouvrir ici. Il faut, pour l'éclairer, interroger les élèves et les maîtres de l'enseignement public. On trouvera sans doute peu de maîtres qui renoncent à donner une véritble éducation, qui se contentent d'une « neutralité » négative et stérilisante; mais on n'en trouvera sans doute pas beaucoup non plus qui renoncent à une « impartialité » faite de respect, de probité, de loyauté, soucieux à la fois de ne rien étouffer de leur personnalité, mais aussi d'épanouir celle de l'élève, conformément à l'orientation de sa conscience et aux volontés de ses parents (cf. Noubel, *op. cit.*, pp. 185, 201, 202, 204, 205 notamment).

Dans une dernière instance, et si une laïcité authentique, plutôt une impartialité qu'une neutralité, est possible, on se demandera si le bilan est, au total, favorable ou défavorable à un tel système d'éducation, mis en parallèle avec une éducation intégralement confessionnelle. A l'actif, on fera valoir que l'école publique constitue

un « milieu de vie » réel: qu'elle est, à ce titre, une école de respect mutuel et par là un facteur d'unité nationale, d'« amitié française » (P.-H. Simon), une école d'approfondissement spirituel, une école — et un critère — d'authenticité spirituelle, et une école de témoignage spirituel. Au passif on mettra qu'il y a toujours, et surtout pour les plus jeunes élèves, quelque artifice à dissocier l'éducation humaine et l'éducation chrétienne; qu'il ne faut pas confondre l'apprentissage de la vie et l'expérience de la vie, qu'il est des expériences prématurées et malheureusement irréversibles; qu'à présenter à l'enfant les mêmes problèmes successivement et non simultanément dans les deux perspectives humaine et chrétienne, l'enfant risque de ne pas voir les prolongements de la vérité spécifiquement religieuse dans les matières, de soi profanes, enseignées à l'école; qu'on l'expose donc à n'avoir pas une culture chrétienne véritable, qui imprègne toutes ses connaissances, toute sa vie, qu'il court le risque, pour tout dire, d'une carence doctrinale, source de déviations doctrinales pour l'avenir. Ce bilan, nous ne voulons pas le faire ici. Rappelons simplement l'enseignement très catégorique du magistère ecclésiastique: « Il n'y a pour un chrétien d'école pleinement satisfaisante que l'école chrétienne », est-il dit dans la déclaration de l'Episcopat français du 5 avril 1951. Et S.S. le Pape Pie XII rappelait aux universitaires catholiques, dans son allocution du 20 mars 1951 « la continuelle sollicitude et l'insistance de l'Eglise à instruire les parents chrétiens du devoir primordial de donner à leurs enfants une éducation dont l'élément religieux, doctrinal et moral, ne fût pas disjoint de l'instruction purement humaine, mais la pénétrât au contraire intimement ».

Il ne faut donc, pensons-nous, ni nier la légitimité de la laïcité de l'école publique, ou mettre en doute la valeur humaine d'une éducation respectueuse des convictions de chacun, « impartiale » au sens que nous avons dit, ni contester, sur le fondement même de la laïcité de l'Etat, la légitimité de la liberté de l'enseignement.

Louis DE NAUROIS,
Professeur à la Faculté de Droit Canonique
de l'Institut Catholique de Toulouse.

BULLETIN CRITIQUE

Limitation des naissances et conscience chrétienne. Paris, Editions Familiales de France, 1950, 13 × 20, 340 p.

Aucune publication n'a mieux illustré, jusqu'ici, le mérite de l'« Ecole Catholique des Sciences Familiales » que cette étude remarquable sur la limitation des naissances. Le présent volume engage la discussion et met en lumière les principes qui doivent guider toute recherche en cette matière.

On est en présence de deux problèmes différents, mais qui s'enchevêtrent : un problème démographique ou de natalité, celui de savoir combien d'enfants devront naître dans une nation ou dans une famille pour assurer au mieux le bien et la prospérité (Ire partie du vol., p. 1-99), et un problème proprement moral, celui de savoir comment régler le rythme des naissances sur le nombre optimum : problème de fécondité (IIe partie du vol., 105-340).

Comment déterminer pour un pays, pour une famille, le nombre optimum des naissances ? C'est à ces deux questions que répondront respectivement le Chanoine J. Leclercq et M. L. Salleron. Mais il faut mentionner auparavant l'article suggestif d'A. Leclercq destiné à servir d'introduction historique à ces études démographiques.

L'auteur montre que dans la société chrétienne du Moyen-Age fondée sur une économie presque exclusivement agricole, l'équilibre démographique était assuré par le contrôle de la nuptialité : ne pouvait se marier que celui qui disposait d'une terre capable de nourrir une famille. Mais le couple marié n'avait aucun intérêt à limiter la fécondité : plus les enfants étaient nombreux, moins on était obligé de faire appel à une main-d'œuvre étrangère. Dans de telles circonstances, la morale sexuelle traditionnelle restait naturellement orientée vers la continence du célibataire et ignorait, ou peu s'en faut, les problèmes de fécondité et de continence des couples.

Dans la société moderne, tout le monde a la possibilité de gagner sa vie en dehors et indépendamment de l'économie domestique. Tout le monde peut se marier et, en général, se marie jeune. La nup-

tialité étant très élevée, l'équilibre démographique ne peut plus être obtenu que par le contrôle de la fécondité. Le problème de la limitation des naissances apparaît ainsi comme un problème spécifiquement moderne.

De ces deux systèmes, lequel doit-on considérer comme plus humain ? Le fait est que le système qui assure l'équilibre démographique par le contrôle de la nuptialité était caractérisé par un climat de pudeur. Par contre, le système qui cherche l'équilibre par le contrôle de la fécondité, se signale, en attendant du moins, par une atmosphère malsaine et par la dislocation de la vie familiale. Cependant, cela ne prouve pas encore que le dernier système est antihumain et antichrétien par sa nature et non seulement par mauvais usage et par manque d'expérience. Et l'auteur de conclure qu'une solution par le retour au passé ou par le retour à la terre n'étant pas possible, il faudra la chercher dans un immense effort à pénétrer de christianisme la famille nouvelle et à adapter notre enseignement à l'évolution des structures.

Dans sa « Vue d'ensemble sur le problème de la natalité tel qu'il se pose en France en 1950 », le Chanoine J. Leclercq est convaincu qu'une limitation suffisante peut être réalisée par la modération sexuelle. Comme il ressort de l'observation scientifique, les couples féconds ont, en moyenne, un enfant tous les deux ans en s'abandonnant sans restriction à la passion. Il suffira donc de réduire à moitié leurs rapprochements pour que cette moyenne tombe à quatre ans, et cette réduction est moindre que celle qu'exige la pratique systématique de la méthode Ogino (p. 63).

Le professeur L. Salleron, posant le problème sur le plan familial, estime que le nombre optimum est celui qui correspond aux moyens dont disposent les parents. Seulement par ces moyens il ne faut pas entendre exclusivement les moyens pécuniaires, mais encore la santé, l'intelligence, le genre de vie, les conditions sociales extérieures, la moralité, la sainteté, etc., moyens dont la présence ou l'absence jouent de manière considérable dans l'optimum familial (p. 92). Ceci dit, il n'est pas douteux que les conditions actuelles d'existence : vie urbaine, salariat, logement, quasi-suppression de la mortalité enfantile et des épidémies créent réellement, pour la majorité de la population, un problème du nombre des enfants complètement différent de celui qui existait autrefois. Tenant compte de tous ces facteurs, le Professeur Salleron pense que le devoir des parents est d'avoir au moins trois enfants, ce nombre minimum étant exigé par la situation démographique du pays. Dépasser ce nombre est recommandé aux parents dans la mesure où les moyens le leur permettent.

Signalons dans le même ordre d'idées l'article sur « l'équivoque nataliste » où le regretté M. Archambault entreprend de définir du point de vue social, familial et chrétien la notion d'un natalisme sain et nécessaire.

Comment limiter la fécondité et comment juger du point de vue moral une telle limitation, voilà les problèmes qui sont examinés dans la deuxième partie de l'ouvrage.

En quatre chapitres sont d'abord étudiés les motifs invoqués pour un contrôle des naissances, motifs d'ordre individuel et personnel qui viennent s'ajouter aux considérations d'ordre historique et sociologique. Il faut savoir gré au Dr Guchteneere, gynécologue de la Fondation Lambert à Bruxelles, d'attirer l'attention sur le fait que non seulement la maladie proprement dite constitue une indication médicale, mais encore le cas assez fréquent, mais trop souvent méconnu, d'une constitution faible et moins adaptée à la maternité.

En dehors de ces raisons médicales, des motifs d'ordre économique, manque de ressources matérielles, insuffisance du logement, peuvent constituer des raisons impérieuses pour une limitation des naissances. Deux exposés également documentés dus à la plume de Daniel Parker, délégué général du Centre paritaire du logement, et de Jacques Desforges, ancien avocat à la Cour d'Appel, nous font saisir la situation tragique des jeunes ménages ne pouvant se procurer ni le logement ni les moyens matériels indispensables à l'entretien convenable des enfants qu'ils désirent appeler à la vie.

Le chapitre traitant des motifs d'ordre psychologique mérite une attention particulière, parce qu'il analyse l'atmosphère générale où évoluent ces idées relatives à la limitation des naissances. D'après Pauline Le Cormier, deux préoccupations semblent polariser la mentalité moderne : d'abord celle de procréation consciente, voulue, contrôlée. Il y a là une modification foncière des dispositions psychologiques; une sorte de révolution. L'homme se sent parvenu à la pleine conscience et livré à son seul arbitre aussi en ce domaine de la procréation. Il veut contrôler l'instinct par la raison, dominer la fatalité par la volonté. Il se montre soucieux, désormais, d'éviter les enfants « surprise », les enfants non désirés. Puis, c'est l'idée de promotion de la femme. La femme contemporaine ne veut plus admettre que son rôle soit conçu exclusivement en fonction de l'homme ou de la famille. Elle prend conscience qu'elle n'est pas là uniquement pour procréer, mais qu'elle a encore d'autres fins qui sont d'ordre personnel. Elle entend pouvoir se réaliser non seulement dans et par la famille, mais encore dans et par une vocation sociale, politique ou scientifique, si elle s'y sent appelée. L'accomplissement de sa vocation personnelle peut réclamer une limitation des naissances (p. 163).

Une limitation des naissances paraît donc bien souvent souhaitable, sinon indispensable. Mais comment faut-il la juger du point de vue moral ?

En une trentaine de pages portant le titre « Jugements sur la limitation : Réflexions doctrinales » sont rappelés les principes dont doit s'inspirer un tel jugement. J. Gérand, directeur du Grand Séminaire de Francheville, souligne la complexité de la Morale

conjugale. Mais c'est surtout le très bel article « Spiritualité et Biologie dans le Mariage » de Gabriel Madinier, professeur de philosophie à la Faculté des Lettres de Lyon, qu'il faut signaler ici.

L'auteur commence par définir la position chrétienne : La limitation des naissances est une pratique en elle-même indifférente du point de vue moral. Personne n'est obligé de procréer à tout prix, n'importe quand et n'importe comment. La valeur morale de cette pratique dépend des motifs qui l'inspirent et des moyens qui la réalisent.

Quant aux motifs, il est certain que des causes de pur égoïsme ne sauraient la justifier. Car chaque foyer a, de façon générale, un devoir de fécondité qui a son fondement dans la charité.

Quant aux moyens aptes à la réaliser, il faut absolument proscrire les procédés anticonceptionnels. Empêcher délibérément une fonction naturelle importante d'atteindre son but essentiel, c'est la pervertir, en abuser, causer volontairement un désordre objectif.

Mais il ne suffit pas d'énoncer la loi, il faut aussi en montrer le bienfondé. C'est à cette fin que l'auteur procède à l'analyse de ce qu'il appelle « l'être authentique de la vie conjugale ».

Il résulte de cette étude qu'épanouissement des époux et procréation des enfants ne se laissent pas dissocier, et la tradition est juste et bienfaisante qui voit dans l'enfant la fin première du mariage. Sans doute, dans l'acte charnel, deux êtres s'expriment leur mutuel amour. Mais la simple forme procréatrice de leur acte, la virtuelle présence de l'enfant dans leur étreinte fait que leur amour s'inscrit dans l'Amour, qu'ils s'introduisent dans l'Activité créatrice. Par le seul fait qu'ils ont respecté sa forme inséminatrice, leur acte change de sens. La tradition est sûre et son enseignement profond qui veut que l'acte charnel soit toujours inséminateur. Elle invite « l'unité à deux » à remonter incessamment la pente facile, et à ne pas dégénérer en un égoïsme à deux. Ceux qui contestent cette règle commettent sans doute une erreur sur la nature même de l'amour. Car celui-ci est, dans son essence, volonté d'être et de faire être, expansion incessante, effort pour susciter et épanouir l'autre. L'enseignement traditionnel nous rappelle que l'amour nous appartient moins que nous n'appartenons à l'Amour.

Quel dommage que ce beau travail de philosophe n'a pas trouvé son pendant du point de vue théologique. Sa place était tout indiquée, ici parmi les réflexions doctrinales, pour un substantiel exposé de la théologie du mariage. On ne peut pas ne pas regretter cette lacune.

Après le rappel des principes, on passe aux « applications pratiques » et à la « critique des conduites ».

Le Dr P. Saleron, ancien interne des Hôpitaux de Paris, examine les pratiques anticonceptionnelles du point de vue de leur efficacité, de leur nocivité et de leur diffusion parmi la population française. Retenons ici que, du point de vue organique, ces procédés sont généralement inoffensifs, ils présentent, par contre, du

point de vue psychique des inconvénients graves qui les font proscrire par la médecine.

Malgré ces inconvénients, ces pratiques sont largement répandues dans le public et le Dr Saleron estime que 80 % des ménages français légitimes en sont justiciables. Il faut donc lutter contre cet état de choses, et d'abord par la loi; car si la loi est inopérante comme moyen de coercition, elle n'est pas inefficace dans les esprits. Elle est en effet pour beaucoup une référence morale. Puis, surtout en rendant la chasteté possible par l'assainissement moral des conditions de vie et par une éducation orientée vers la pratique de la chasteté avant le mariage.

On aurait aimé que ces réflexions du médecin fussent complétées par celles du moraliste; car si les pratiques anticonceptionnelles doivent être proscrites, ce n'est pas seulement à cause des inconvénients qu'ils présentent du point de vue hygiénique, mais surtout et d'abord à cause de leur incompatibilité avec les exigences de la morale chrétienne. On connaît le jugement sévère que celle-ci porte sur toute espèce d'onanisme conjugal. Il n'aurait pas été inutile, sans doute, de rappeler ici cette attitude de l'Eglise catholique et cela d'autant moins qu'elle est à peu près seule à proclamer, sur ce point, une doctrine aussi nette et aussi ferme.

L'usage des moyens anticonceptionnels étant déconseillé par la médecine et prohibé par la morale, la Méthode Ogino-Knaus peut-elle offrir une issue à ceux qui se trouvent dans la nécessité d'éviter une nouvelle naissance ?

C'est le Chanoine Barbe, docteur en médecine, qui, dans son étude remarquable « la Continence périodique », répond à cette question. Du point de vue médical, la méthode Ogino-Knaus fondée actuellement sur des bases scientifiques solides, se recommande d'abord par son efficacité pratique qui, grâce surtout au contrôle des températures, peut être évaluée à 95 %, à condition qu'elle soit appliquée de façon vraiment scientifique, ce qui ne va guère sans faire régler cette application par un médecin spécialement compétent. La plupart des échecs sont en effet attribuables à des erreurs de calcul ou d'application. Il faut cependant tenir compte de deux réserves importantes. La première est celle qu'une femme n'est justiciable de la méthode qu'à proportion de la régularité de son cycle; on peut admettre que dans nos conditions de vie 80-90 % de femmes vérifient cette condition. La deuxième est celle que des variations accidentelles de la périodicité dues à des facteurs divers peuvent intervenir et fausser les prévisions et les calculs obligeant à suspendre l'utilisation de la méthode jusqu'à régularisation.

En plus de son efficacité, la Continence périodique se signale par sa valeur hygiénique qui lui vient du fait qu'elle respecte intégralement la normalité de l'acte conjugal. Tout cela fait qu'on peut la considérer comme le meilleur moyen dont on dispose actuellement pour un sain contrôle de la procréation, son efficacité étant égale

à celle des contraceptifs sans en présenter les sérieux inconvénients hygiéniques et psychiques (p. 238).

Pour ce qui concerne sa valeur morale, la Méthode Ogino-Knaus, en tant que technique de contrôle de la conception, ne relève pas directement du jugement de la morale. Comme toute autre technique, elle est, de soi, moralement indifférente et peut servir aussi bien à obtenir une grossesse qu'à l'éviter. Sa valeur morale lui vient finalement des circonstances et des motifs qui la font adopter.

Dans le chapitre « Méthode Ogino et Morale », M. Henry Duméry met en garde contre le danger qu'il pourrait y avoir pour les époux de voir dans la Méthode Ogino une voie de facilité, un minimum moral qu'ils pourraient prendre impunément comme règle de conduite. Se plaçant au point de vue de la destinée spirituelle de l'homme, la pratique oginienne lui apparaît comme une sorte de trahison des lois internes qui conditionnent l'épanouissement de la personne humaine. Aussi ne devrait-on s'y résigner qu'à regret. Ce sont les époux qui regrettent sincèrement de ne pouvoir répandre la vie plus abondamment qui sont, sans doute, les seuls à ne pouvoir être diminués dans leur âme par la pratique oginienne (p. 263).

La dernière partie du livre est consacrée à l'étude d'une question de morale conjugale délicate, mais désormais inévitable, celle de l'étreinte réservée (1).

Après quelques remarques préliminaires, une « Etude critique » signée par Bernard Besse, Henry Duméry, André Laudrin, nous introduit au cœur du problème : La méthode Chanson est-elle vraiment saine du point de vue médical ? Est-elle vraiment licite du point de vue moral ?

Du point de vue médical, il est encore prématuré de porter un jugement décisif sur « l'art d'aimer ». Mais ce qu'il faut relever dès maintenant à l'encontre de M. Chanson, c'est que, dans l'examen de sa méthode, il néglige totalement le point de vue de la femme et ne s'occupe, pratiquement, que de l'homme. C'est ainsi qu'il ne lui arrive pas de poser la question pourtant capitale pour la réussite de sa méthode et qui consiste à se demander, s'il est possible de contrôler, et de synchroniser les deux courbes d'intensité sexuelle, si différentes l'une de l'autre, de manière à ce que l'orgasme soit évité de part et d'autre et que pourtant l'épouse ne sorte pas insatisfaite et tourmentée de cette rencontre conjugale ? (p. 275).

Du point de vue moral, il est sûr que si, en pratique, ce genre d'étreinte aboutissait à détraquer le système nerveux, la prudence exigerait qu'on n'y eût point recours. Et si, à plus forte raison, il se soldait par un échec dans l'effort retentif, la méthode serait à proscrire à titre d'onanisme larvé.

(1) La S. Congrégation du Saint-Office, par le Monitum « Gravi cum sollicitudine » en date du 30 juin 1952, a fait aux prêtres une défense formelle de présenter les choses aux fidèles comme si, « de la part de la loi chrétienne », il n'y avait rien à objecter à l'étreinte réservée.

Puis, élargissant le débat, les auteurs s'érigent contre ceux qui donnent une importance exagérée à l'élément sensible dans le mariage. Il est temps de faire retour à des conceptions plus saines. Assignons au sensible la place qui lui revient, et qui est très honorable. Mais ne nous hâtons pas de le faire participer, sans nuance, de la dignité de l'esprit. Laissons à l'esprit la primauté et l'initiative de la causalité. Replaçons l'acte d'union à son rang, le premier dans l'ordre expressif. Et restituons à l'amour spirituel sa prééminence active, avide d'incarnation médiatrice, c.-à-d. de spiritualisation du sensible. De la sorte, la hiérarchie des valeurs sera respectée, et toute confusion sera levée (p. 284).

On ne saurait mieux dire.

La contribution du Dr R. Biot, Directeur de l'Institut lyonnais d'Endocrinologie et de Psychologie, portant le titre « Remarques du Médecin », est pleine de prudente réserve : « Certes, il peut être douloureux de ne pouvoir soulager de suite l'anxiété morale de certains époux qui appellent à l'aide et réclament recours, mais je maintiens qu'il est plus grave encore de leur offrir une solution que peut-être l'avenir ne retiendra pas comme absolument bonne » (p. 290). Lui aussi appréhende le danger d'un certain légalisme moral qui s'affirmerait aux dépens de la vraie morale chrétienne qui est une morale de perfectionnement et de dépassement. Est-ce donc vraiment ce spasme terminal et l'émission de liquide fécondant qui donne le caractère moral ou immoral du don charnel ? ... si on s'aventure savamment jusqu'à la dernière limite, si on parvient, tout en frôlant la secousse suprême, à l'éviter à force d'entraînement frénateur des réflexes, pourrait-on se croire en pleine obéissance à l'inspiration morale ? Ne risque-t-on pas de s'installer, de bonne foi sans doute et en espérant servir l'amour, et même le spiritualiser, dans une culture de la sensibilité ? (p. 292) (2)

L'article « Critique de la Critique » de Gilbert Deschamps constitue un plaidoyer habile et optimiste de la cause de M. Chanson. Sa force réside en ce qu'il met en pleine lumière l'intention profondément chrétienne qu'on aurait, du reste, mauvaise grâce de contester à l'auteur, mais que son vocabulaire, son style, sa manière de présenter les choses ont trop souvent voilée ou laissée dans l'ombre.

A son tour, le Chanoine P. Tiberghien apporte des » Précisions sur la Reservata ».

Il ne semble pas, cependant, que la question ait été tranchée de savoir si c'est vraiment agir selon la nature et éviter tout artifice que d'éliminer dans l'usage d'une fonction la fin primordiale à laquelle celle-ci est ordonnée pour ne retenir que des fins secondaires, de dissocier l'union des sexes commencée de ce qui constitue sa consommation naturelle : l'orgasme inséminateur ?

(2) Comparez aussi les remarques pertinentes que le Dr Th. Kammerer a publiées depuis dans cette revue même, t. II, p. 240, (juin 1952), dans un article : A propos du livre de M. Paul Chanson : « Art d'aimer et continence conjugale ».

Mais même supposé que l'homme puisse légitimement, pour des raisons valables, se refuser dans l'acte conjugal au vœu ultime de la nature, et que la dissociation opérée par la « Reservata » entre la conjonction et son aboutissement normal puisse trouver une justification dans des situations d'impasse comme l'entend M. Chanson, resterait ensuite tout le problème redoutable de la réalisation, de la réussite pratique de la « Reservata ». Pour pouvoir être utilisée en toute sécurité comme méthode de limitation des anissances, ne faut-il pas que la pratique de la « Reservata » soit parvenue à l'état d'une technique sûre et éprouvée ? Et cela ne suppose-t-il pas un exercice, un entraînement plus ou moins long, sinon permanent ? Somme toute, la « Reservata » n'est-elle concevable que comme une pratique habituelle. Ce serait une erreur que d'attendre les moments difficiles où s'impose l'espacement ou l'arrêt définitif des naissances pour la conseiller aux époux. C'est dès le lendemain de leur mariage et durant toute cette première période de leur vie conjugale où les « ratés », rançon inévitable d'un apprentissage aussi délicat, n'auront pas encore des conséquences tragiques, que les jeunes mariés devront s'essayer et s'exercer à cette méthode. Ce n'est qu'à ce prix que, le moment venu, ils pourront bénéficier en toute sécurité d'une habitude devenue comme une seconde nature et portant avec elle des garanties sérieuses. D'autre part, puisque tous les couples pourront un jour ou l'autre se trouver acculés à la nécessité de contrôler les naissances, ne faudrait-il pas inviter l'ensemble des candidats au mariage à s'engager dans cette voie ?

Le moraliste chrétien ne peut se résigner à assumer une telle responsabilité, vu qu'il ignore encore si toutes les constitutions et tous les tempéraments sont aptes à pratiquer convenablement la « Reservata » et qu'il ne peut encore prévoir les répercussions que cette pratique aura sur la complexion physique et psychique, sur le comportement moral et spirituel des époux.

Dans son article « Un grave problème de vie conjugale », le Chanoine Darmine, docteur en philosophie et en théologie, professeur au Grand Séminaire de Tournai, insiste sur ces graves réserves à formuler. Il rend d'abord justice à l'idée de M. Chanson qui voit dans l'amour conjugal non seulement une passion et une vertu, mais aussi un art exigeant un savoir-faire et une technique; art dont les époux doivent savoir user avec maîtrise non seulement pour se procurer réciproquement la plénitude des satisfactions auxquelles ils ont droit, mais aussi pour parvenir à dominer l'instinct et, finalement, à humaniser l'œuvre de la chair. Cependant, quant à l'étreinte réservée préconisée par M. Chanson, il faut craindre, dit-il, que beaucoup parmi les mariés n'ayant pas la patience ni le savoir-faire indispensables à l'initiation requise par la pratique de la « copula reservata », celle-ci ne devienne purement et simplement, pour eux, une occasion ou une forme d'onanisme plus ou moins inavoué. Enfin, malgré l'optimisme de l'auteur et l'abondance des références qu'il nous donne sur l'efficacité de sa méthode, il est encore pré-

maturé de porter sur elle un jugement de fait qui conditionne sa valeur morale. Ce sont là des motifs pour lesquels on ne pourrait propager sans danger cet art d'aimer dans le public, même restreint, des époux ou de ceux qui sont à la veille de le devenir.

Dans une vingtaine de pages, M. Ed. Rolland marque le rôle de « la continence ascétique » dans la vie conjugale. La continence répond à une nécessité inhérente à la nature humaine. Entre les tendances charnelles de notre être et les réclamations impérieuses de la raison il y a un antagonisme certain. Cela reste vrai aussi de l'état de mariage qui n'est rien de moins qu'un état de liberté sexuelle illimitée. La vie conjugale n'échappe pas à la nécessité de maîtriser les forces obscures de la sexualité. C'est à ce prix seulement qu'on reste capable d'un don de soi effectif et véritable qui est pour l'homme achèvement et enrichissement. Il n'y a pas d'autre voie qui mène à l'épanouissement de notre ère. En somme, si devant une nécessité d'éviter de nouvelles naissances, la continence ne constitue pas nécessairement l'unique solution ni surtout la solution toujours possible, il reste cependant vrai qu'aucune des autres méthodes préconisées, qu'il s'agisse de la Méthode Ogino-Knaus ou de l'étreinte réservée, ne saurait constituer une solution parfaite si elle ne s'accompagne pas d'une estime profonde pour la vertu de continence et d'une volonté sincère de la pratiquer.

Le mot de la fin est dit par le Chanoine Jean Viollet, Directeur de l'« Association du Mariage Chrétien ». Il s'agit de dégager des directives pratiques. Mais là, une première conclusion s'impose, celle qu'il n'y a pas de solution qui s'appliquerait uniformément à tous les cas. Ce qu'on peut dire seulement, c'est qu'en aucun cas et sous aucun prétexte, on ne peut éluder le précepte de la continence. Sans continence, il ne saurait y avoir, sous aucune forme, de santé morale pour le couple. Seulement cette continence peut s'accommoder de modalités diverses. Elle peut se pratiquer sous la forme de la continence absolue et héroïque, sous celle de la continence périodique selon la méthode Ogino-Knaus, sous celle des intimités sans conjonction, et, enfin, sous celle de l'étreinte réservée. Il relève d'un examen attentif de chaque cas particulier que de décider à quelle manière il faut donner la préférence. Ce qui importe, c'est de ne pas oublier que tout usage du mariage doit rester au service de l'épanouissement humain, et qu'il ne faut donc pas éliminer par principe de sa conduite ce nécessaire envol vers les cimes de l'âme qui exige l'effort, l'ascèse méthodique et même l'abstinence opportune. Enfin, il faut savoir que l'harmonie sexuelle est une condition nécessaire, certes, mais point la plus importante de l'amour conjugal.

Nous refusons de croire que tout est dit, tout est fait, lorsque le couple est charnellement ou même affectivement heureux. Cette satisfaction peut devenir en effet un redoutable écran, qui cache les véritables joies, celles que l'on doit conquérir par la mortification de soi et l'exercice des vertus chrétiennes.

Il est heureux que le volume s'achève sur des paroles aussi

averties et sages qui témoignent une fois de plus de l'inspiration profondément humaine et chrétienne qui a guidé tout ce débat institué autour de l'angoissant problème de la limitation des naissances.

Nous sommes loin, cependant, d'avoir épuisé le contenu de ce livre riche en études profondes et en aperçus nouveaux, et qui s'impose à l'attention de tous ceux qui s'intéressent à ce problème crucial de la famille moderne.

Léon BUHR.

Heribert JONE, O.F.M. Cap., *Gesetzbuch der lateinischen Kirche, Erklärung der Kanones*, zweite, vermehrte und verbesserte Auflage, 1. Band, *Allgemeine Normen und Personenrecht*, Kanon 1-725. Paderborn, Verlag Ferdinand Schöningh, 1950, in-8°, 707 p.; II. Band, *Sachenrecht*, Kanon 726-1551, Paderborn, 1952, in-8°, 708 p.

Les canonistes allemands manifestent une préférence marquée pour les manuels ou les traités de droit canonique; aussi les exposés systématiques du droit de l'Eglise abondent-ils outre-Rhin et certains de ces ouvrages jouissent d'une autorité incontestée. En revanche, les commentaires du *Codex juris canonici*, canon par canon, étaient inconnus dans les éditions allemandes avant 1939. C'est le P. Jone qui, le premier, a publié un exposé analytique du Code, en commentant un texte après l'autre. La parution de l'ouvrage, comprenant trois volumes, coïncida avec le début de la dernière guerre; ainsi le travail du P. Jone ne fut guère connu à l'étranger. Néanmoins l'édition fut rapidement épuisée à l'intérieur des frontières; le caractère pratique et précis du commentaire fut la cause de son succès, surtout auprès du clergé engagé dans le ministère.

La nouvelle édition reste fidèle au texte primitif, tout en tenant compte évidemment des décisions récentes de l'autorité romaine; elle présente la même disposition pratique : traduction des canons suivie, chaque fois, d'un commentaire en double typographie : l'essentiel est imprimé en gros caractères, les explications de détails en caractères plus petits. Certes, le cadre restreint dont l'auteur dispose ne lui permet pas d'entrer dans le dédale des discussions spécialisées, ni d'aligner une nombreuse bibliographie. Mais il serait injuste de ne reconnaître à ce travail qu'un intérêt d'ordre pratique; l'auteur n'ignore pas les problèmes délicats qui se posent et il essaie, à l'aide d'une courte argumentation, de prendre position. Le travail du P. Jone fait figure honorable dans la liste des commentaires du Code.

René METZ.

Enciclopedia cattolica, t. X (PRI-SBI), Città del Vaticano, 1953 (Editeur : G.-C. Sansoni, Florence).

Les deux mille colonnes de ce nouveau tome de l'Encyclopédie dirigée par S. Exc. Mgr Paschini sont, comme celles des précédents

volumes, extrêmement riches de substance. Parmi les articles intéressant la *théologie dogmatique*, relevons particulièrement, outre l'important travail (38 col.) du P. Pinard de la Boullaye sur l'étude comparée des religions, les notices traitant de la primauté pontificale; du protestantisme (Cristiani); du purgatoire; du quiétisme; de la question des rites; du sacerdoce en général et spécialement de celui du Christ (Parente) et des fidèles (Piolanti); des sacrements (Piolanti-Palazzini) et des sacramentaux; du sacrifice; de la sainteté et spécialement de celle de l'Eglise et de celle du Christ et de Marie (R. Laurentin); de Satan et du satanisme. En *Philosophie*, sans parler des indications bio-bibliographiques relatives à tous les grands philosophes (par ex. Rosmini, etc.), il faut noter plusieurs articles sur la psychologie (Fabro; Parente, sur la psychologie du Christ, etc.) et diverses questions psychiques (psychanalyse, psychotechnique, psychothérapie, etc.). En *morale*, à côté de problèmes doctrinaux, comme probabilisme et probabiliorisme, propriété, révolution, sanction, etc., on trouve un bon nombre d'études de morale sociale : signalons, en particulier, *Questioni sociali* (J. Leclercq), *Salario* et *Regime salariale* (Baronci); en morale internationale, il faut noter *Rappresaglia* et *Riparazioni* (Messineo).

En *histoire*, mentionnons l'importante étude de G. Mollat sur la question romaine, et celles sur la Réforme catholique (Jedin), la Renaissance, le Risorgimento, le Saint Empire romain, la Sainte Alliance, la Maison de Savoie, pour ne rien dire des nombreuses notices consacrées à tous les grands hommes (cf. par ex. celle sur Savonarole). En *diplomatique*, notons les articles *Regesta* (Pratesi) et *Registri pontifici* (Battelli). Sur le terrain *géographique*, on sait que toutes les grandes villes et tous les diocèses ont leur notice détaillée et illustrée (celles des diocèses français, documentées et à jour, sont signées par le prof. Josi); parmi les autres articles, notons ceux consacrés à la Roumanie, la Russie, les Ruthènes, la Sardaigne, et, par-dessus tout, l'imposant traité sur Rome (c. 1095-1268) comportant une quantité d'illustrations dans le texte et de planches hors-texte, et dont on ne peut donner ici que la division : Rome antique et impériale (géographie, archéologie, histoire politique et constitutionnelle, religion, littérature ancienne); Rome chrétienne (histoire civile et ecclésiastique, littérature latine chrétienne, art, folklore, topographie, instituts culturels et de bienfaisance, Vicariat, etc.); inutile de préciser que chaque chapitre a été rédigé par un spécialiste; il est à souhaiter que ces 174 colonnes soient éditées en un volume à part : elles constituent une excellente Somme sur la Ville éternelle.

La *littérature* est représentée, non seulement par des notices sur les grands auteurs de tous les pays, mais par plusieurs études spéciales, telles que celles sur la langue et la littérature provençales, le romantisme, etc. On note plusieurs articles *scientifiques* : sur les *quanta*, le radar, la radiesthésie, la radioactivité, les radiocommunications, la relativité, la transfusion du sang, etc. L'*art*,

qui est présent à chaque page par de magnifiques photographies, est plus spécialement à l'honneur dans les articles consacrés à tous les peintres, sculpteurs, etc.; notons spécialement les articles *Raffaello*, *Ravenna*, *Romanica* (*arte*). En *archéologie*, signalons les articles *Priscilla* (*catac.*) et *Refrigerio*, de Josi; *Sabina* (*santa*) du P. Darsy, *Sarcofagi* de Mgr de Bruyne. La *liturgie* est particulièrement bien servie; signalons seulement les importantes notices sur les rites (Siffrin), le Rituel romain (Löw), les rubriques et les sacramentaires (Bugnini), la psalmodie (dom Desportes), le psautier, le culte des saints (Löw), le sanctoral (Frutaz - Raes)...

Mais c'est surtout le *droit canonique* qui nous intéresse ici. Une place à part doit être faite à l'étude du prof. P.-A. d'Avack, *Santa Sede* (le Saint-Siège en droit canonique, en droit italien et en droit international). Parmi les articles généraux, notons *Privilegio* et *Rescritto* (Fagiolo), *Responsabilità* (Simeone), *Retroattività della legge* (Petroncelli), *Privilegio dei chierici* et *Provvista canonica* (Bertola), *Residenza* (Fagiolo), *Religione* (Mandelli) ; en matière matrimoniale, citons *Privilegio paolino* (Palazzini), *Prole* et *Pubblica onestà* (Ciprotti), *Pubblicazioni matrim.* (Miceli) ; en matière judiciaire, *Processo* (C. Bernardini), *Promotore della fede* (Felici), *Prom. di giustizia* (Palazzini), *Restituzione in integrum* (Spinelli), *Rimozione* (Federici), *Riprovazione delle testimonianze* (C. Bernardini), *Rota* (Santini) ; en droit pénal, *Rimedio penale* (Simeone), *Riserva* (Gentile).

Cette simple énumération est, pensons-nous, suffisamment évocatrice de la valeur documentaire de ce nouveau volume, muni d'amples bibliographies et aussi élégamment présenté que ses devanciers. C'est avec impatience que l'on attend la fin de cette précieuse collection.

Marcel NOIROT.

I. NYLANDER, *Das kirchliche Benefizialwesen Schwedens während des Mittelalters.* Lund, Hakan Ohlssons Boktryckeri, 1953, in-8°, 334 p.

Cette magistrale étude du bénéfice ecclésiastique en Suède au Moyen Age — et plus exactement pendant la période des « Landschaftsrechte (1200-1350) — développe deux thèmes principaux (Chapitres II et III) : le patrimoine et les revenus des églises épiscopales et paroissiales. Le premier chapitre, excellente introduction, qui fait d'autant plus regretter l'absence de conclusion, situe le problème suédois dans l'ensemble des conditions européennes. Par ailleurs, la constante confrontation des droits locaux suédois avec le droit canonique classique accroît encore la valeur de l'ouvrage, remarquable par sa clarté et la richesse de sa documentation.

L'auteur soulève de nombreux problèmes qui intéressent tous, les canonistes et les historiens de l'Eglise : nous ne nous arrêterons qu'à quelques particularités du droit suédois de l'époque.

Le 4e Concile du Latran — on le sait — réserve l'élection de l'évêque au chapitre; la Suède ne connaît ce mode d'élection qu'à partir de la seconde moitié du XIIIe siècle. L'investiture de l'évêque par le roi (remise de la crosse et de l'anneau) n'a été abrogée en Suède qu'avec un retard d'un siècle sur les pays du continent. Néanmoins la mainmise royale sur les biens d'église apparaît relativement modérée : après 1276 (couronnement du roi Magnus), les biens d'église ne sont plus grevés de services et seuls quelques rares textes témoignent de droits de régale ou de spoliation exercés par les rois de Suède.

Le patrimoine de l'église épiscopale se répartit en quatre masses : la mensa episcopalis, administrée par l'évêque, le chapitre n'intervenant que rarement; les biens de la fabrique, gérés par l'évêque avec, parfois, le concours du chapitre; les canonicats dotés d'une prébende administrée par le chanoine respectif (il n'est pas question de mensa communis des chapitres séculiers suédois) et enfin les prébendes des vicarii perpetui (attachés au chapitre) administrées par l'évêque ou annexées aux biens de la fabrique.

En ce qui concerne le patrimoine des églises paroissiales, on est peu renseigné sur l'administration de la mensa sacerdotis; dans l'aliénation de ces biens cependant, les « paysans » (traduisons, les paroissiens) semblent avoir exercé une influence que le droit canonique classique ignorait. Notons en passant, à propos du rôle joué par la communauté paroissiale, que l'initiative de la construction d'une nouvelle église paroissiale était abandonnée aux fidèles; la décision épiscopale, bien que souvent requise par les droits locaux, était insuffisante. Quant à l'aliénation des biens de la fabrique, il y a lieu de signaler que le consentement de l'évêque ou du chapitre ne semble pas avoir été toujours demandé.

La deuxième partie du livre débute par un chapitre consacré à la dîme ecclésiastique : ce sont peut-être les pages les plus intéressantes. L'auteur décrit bien l'originalité du système suédois, d'après lequel le partage se répartit ainsi : un tiers au curé et les deux autres tiers sont partagés entre l'évêque, l'église paroissiale et les pauvres. Ce mode apparemment compliqué s'explique par le fait que les Suédois commencèrent par appliquer le système anglais (partage en trois parts égales) et qu'ils ne voulaient pas diminuer la part du curé, quand il fallut en prévoir une pour l'évêque.

Nous avons attiré l'attention sur quelques éléments seulement de cette vaste et dense enquête. Nous ne nous étonnerons pas qu'elle ait été publiée dans la collection de la « Rättshistoriskt Bibliotek ».

Jean BERNHARD.

J. DURAND, C.S.C., *Vie commune et pauvreté chez les religieux.* Montréal-Paris, Société Fides, 1952, in-8o, 297 p.

Ce qui fait la valeur de cette thèse de doctorat, présentée à l'Institut Pontifical du Latran, c'est incontestablement le commen-

taire du code; la partie historique, tout en réunissant une documentation éparse, n'apporte guère d'éléments nouveaux. Telle qu'elle, elle introduit cependant avantageusement l'explication du canon 594 et suscitera — nous l'espérons du moins avec l'auteur — d'ultérieurs travaux de recherche. Le terrain, une fois défriché par de sérieuses monographies, il sera possible de tenter la synthèse historique du thème que le P. Durand a présenté.

Voici l'idée centrale de la thèse : la vie commune et la pauvreté chez les religieux ne peuvent être réalisées tant que le pécule est autorisé. Quant à la forme, on aurait préféré une présentation moins scolaire et moins schématique. Et pourquoi imprimer les noms propres en grands majuscules ?

Jean BERNHARD.

G. VROMANT, *Ius Missionariorum. De matrimonio.* Editio tertia emendata et aucta. Museum Lessianum - Sectio theologica no 24, Bruxelles, L'Edition Universelle, Paris, Desclée de Brouwer, 1952, in-8o, XVI-440 p.

Parmi les nombreux traités du mariage, l'étude du P. Vromant occupe une place de choix. L'exposé est clair, la documentation abondante et mise à jour; la présentation permet une exploitation rapide, que facilitent encore un index des canons du code et une table alphabétique des matières.

Bien que cet ouvrage — qui en est à sa troisième édition — soit très répandu, deux points méritent d'être signalés : la publication de quelques récentes législations civiles concernant le mariage (p. ex. la loi japonaise de 1949, du Congo Belge de 1948, de la Chine communiste de 1950, etc., cf. p. IX, 25 et suiv.) et l'interprétation du canon 1045 : dans les *cas perplexes*, l'Ordinaire pourrait dispenser aussi de la *forme* de célébration du mariage (cf. p. 108 et suiv.).

Jean BERNHARD.

S. ROMANI, *Elementa iuris Ecclesiae publici fundamentalis.* Romae, Edit. « Mater cleri », 1953, in-8o, XXIV-311 p.

L'intérêt de cet important manuel se situe dans la méthode de l'auteur : les notions techniques se précisent à mesure que se déroule le raisonnement de l'auteur. Le contenu du traité est certes traditionnel, mais les divers problèmes sont posés en termes nouveaux, en termes plus clairs. Et malgré d'utilisation de nombreuses sources et d'une bibliographie imposante, l'étudiant ne se sentira jamais écrasé sous le poids d'une lourde érudition.

Après une première partie (« Propaedeutica iuris »), qui est à vrai dire une introduction, l'auteur définit les fondements du droit : le problème s'achemine vers sa solution à travers les analyses successives de la nature morale et sociale de l'homme, de la société parfaite dans l'ordre naturel, du droit (public et privé) de

l'Etat, et du droit international. Mais l'effort principal porte sur la troisième partie de l'ouvrage : le fondement du droit de l'Eglise, principes et applications. Les derniers chapitres servent d'initiation au travail scientifique.

J. BERNHARD.

Die Menschenrechte in christlicher Sicht, herausgegeben von Senatspräsident Dr. August WIMMER, Freiburg. Verlag Herder, 1953, 102 p.

Cet opuscule contient les conférences faites en langue allemande au congrès de *Pax Romana* de Limburg (1951). Le but du congrès fut de réfléchir sur la conception catholique des droits de l'homme; il semble inutile de s'étendre sur l'importance de ce sujet qui offre un intérêt particulièrement actuel (cf. la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 et la Convention du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1950).

Les 4 premiers exposés envisagent le problème des droits de l'homme sous des aspects différents : religieux, philosophique, historique et juridique. Les principes ainsi rappelés, il restait à commenter les textes juridiques actuellement en vigueur : c'est l'objet des trois dernières conférences. La résolution du Congrès termine le compte rendu.

Nous regrettons que les conférences françaises et anglaises n'aient pas été publiées en même temps.

J. BERNHARD.

Imprimerie MUH - LE ROUX, Strasbourg

Dépôt légal
4e trimestre 1953

No d'ordre
de l'imprimeur : 1237

REVUE DE DROIT CANONIQUE

ABONNEMENTS

Le prix de l'abonnement est fixé à 1500 francs pour la France et à 7 dollars ou l'équivalent de cette somme convertie en francs français pour l'étranger (3000 lires pour l'Italie, à verser à Libr. Desclée et Cie, Piazza Grazioli, 4, Roma). Une réduction de 10% est faite aux étudiants des Facultés de droit canonique et de l'Institut de Droit canonique de Strasbourg.

Les abonnements partent du 1er janvier : ils sont payables, après réception du premier fascicule, par chèque postal adressé à M. l'abbé J. BERNHARD, 11, rue de la Toussaint, Strasbourg (Bas-Rhin), France. Compte courant : Strasbourg 61-184. Nous acceptons aussi les chèques bancaires. A moins d'être dénoncés avant le 31 décembre, les anciens abonnements sont censés renouvelés pour l'année suivante.

Les abonnés belges sont priés de virer le montant de leur abonnement au compte chèque postal de M. l'abbé Charles de Clercq, Anvers, 54, rue du Péage (C.c.p. 432344).

Les abonnés du Canada voudront bien s'adresser au: Service Général d'abonnement Periodica, 4234, rue de la Roche, Montréal, 34, Qué.

Les abonnés suisses s'adresseront à la Librairie Saint-Paul, place Saint-Nicolas, Fribourg.

A NOS ABONNES

Tous nos abonnés sont priés de s'acquitter du prix de leur abonnement pour 1953 dès la réception de ce fascicule.

Nous adressons un pressant appel aux abonnés qui ne nous auraient pas encore fait parvenir le montant de leur abonnement pour 1953 de bien vouloir le faire immédiatement.

CORRESPONDANCE

On est prié d'adresser la correspondance relative à la rédaction à M. l'abbé J. BERNHARD, 11, rue de la Toussaint, Strasbourg; la correspondance concernant l'administration de la Revue doit être adressée à Mlle F. ZÆGEL, Secrétaire de la Revue, 27, rue du Faubourg-National, Strasbourg.